

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

DEPARTAMENTO DE DIREITO

ADRIANO BATISTA DO NASCIMENTO

**A ADEQUADA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS
DE INTERNET POR DANOS DECORRENTES DE CONTEÚDO DE TERCEIRO**

**FLORIANÓPOLIS
2015**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

ADRIANO BATISTA DO NASCIMENTO

**A ADEQUADA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS
DE INTERNET POR DANOS DECORRENTES DE CONTEÚDO DE TERCEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
banca examinadora da Universidade Federal de
Santa Catarina - UFSC, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: PROF. DR. RAFAEL PETEFFI DA SILVA

**Florianópolis (SC)
2015**



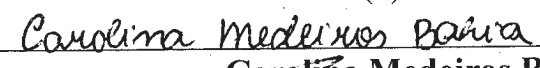
Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A adequada responsabilização civil dos provedores de serviços de internet por danos decorrentes de conteúdos de terceiro**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Adriano Batista do Nascimento**, defendido em **01/12/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

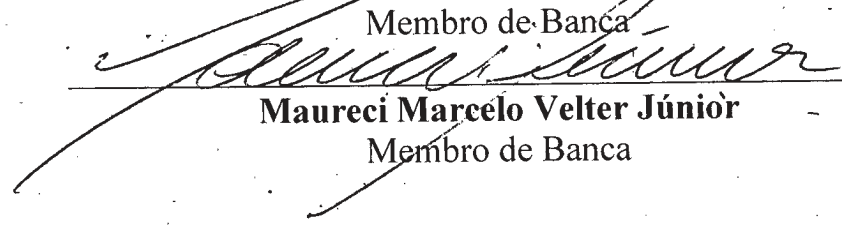
Florianópolis, 1 de Dezembro de 2015



Rafael Peteffi da Silva
Professor(a) Orientador(a)



Carolina Medeiros Bahia
Membro de Banca



Maureci Marcelo Velter Júnior
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Adriano Batista do Nascimento

RG: 6071126

CPF: 08867415999

Matrícula: 11101480

Título do TCC: A adequada responsabilização civil dos provedores de serviços de internet por danos decorrentes de conteúdos de terceiro

Orientador(a): Rafael Peteffi da Silva

Eu, **Adriano Batista do Nascimento**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 1 de Dezembro de 2015

Assinatura manuscrita do aluno Adriano Batista do Nascimento, realizada sobre uma linha horizontal.

Adriano Batista do Nascimento

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo apresentar a análise do instituto da responsabilidade civil em relação aos provedores de serviços de internet. O método utilizado foi o dedutivo e a técnica de pesquisa a bibliográfica, consubstanciada na consulta a livros e artigos jurídicos, além de leis, decisões judiciais e outras fontes de pesquisa pertinentes ao tema. Por primeiro, abordam-se os problemas decorrentes do mundo digital, a influência do “Caso Snowden” na conturbada tramitação do Marco Civil da Internet (MCI) e os problemas de conceituação e sujeição técnico-operacional dos provedores de internet ao sistema de responsabilização civil instituído no MCI. Em seguida, expõem-se o conceito de responsabilidade civil e os seus elementos (ou pressupostos) básicos, as espécies da responsabilidade civil e as principais características do sistema de responsabilização civil dos provedores de serviços de internet constante do MCI, juntamente das situações em que o ordenamento jurídico brasileiro determinou a utilização de outro sistema que não aquele constante da referida norma. Por fim, analisam-se os elementos que caracterizam as relações de consumo e a correspondência deles em algumas relações jurídicas estabelecidas entre provedores de serviços de internet e seus usuários, os problemas de ordem legal e constitucional decorrentes do sistema de responsabilização civil dos provedores constante do MCI e as soluções encontradas com vista a superá-los.

Palavras-chave: Marco Civil da Internet; Provedores de Serviços de Internet; Responsabilidade Civil Objetiva; Adequação Técnica; Adequação Jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A INTERNET E SEU MARCO REGULATÓRIO NO BRASIL	9
1.1 Os problemas do mundo digital e o conturbado histórico da Lei nº 12.965/14	9
1.2 Os conceitos e espécies de provedores de internet na doutrina e na Lei nº 12.965/14	16
1.3 A adequação técnica das regras da Lei nº 12.965/14 atinentes à responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet	23
2 A TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA MANIFESTAÇÃO NO MARCO CIVIL DA INTERNET	31
2.1 O conceito e os elementos (ou pressupostos) da responsabilidade civil	31
2.2 As espécies de responsabilidade civil	39
2.2.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual	39
2.2.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva	42
2.2.3 Responsabilidade civil direta e indireta	45
2.3 As características do sistema de responsabilização civil dos provedores de serviços de internet constante da Lei nº 12.965/14	45
2.4 Exceções às regras da Lei nº 12.965 relativas à responsabilização dos provedores e à remoção de conteúdo	51
3 A ADEQUADA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET	54
3.1 Os elementos característicos das relações de consumo	54
3.2 A natureza jurídica da relação existente entre os provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem e seus usuários	61
3.3 A inconstitucionalidade dos artigos 19 a 21 da Lei nº 12.965/14	68
3.3.1 A violação ao princípio constitucional de isonomia	68
3.3.2 As violações ao princípio constitucional da vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais	73
3.4 A adequação jurídica da reponsabilidade civil dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem em casos de danos decorrentes de conteúdo de terceiro	80
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

Com pouco mais de quarenta anos, foi apenas a partir da década de 2000 que a internet passou a ser alvo de um grande processo de massificação, através do qual o número de usuários, os internautas, cresceu de maneira até então inimaginável. Ainda mais recentemente, com o barateamento e a consequente popularização do acesso a dispositivos móveis, como tablets e smartphones, esse processo ficou cada vez mais expressivo.

A transferência instantânea de informações entre bilhões de pessoas ao redor do mundo trouxe inúmeras vantagens, que contribuíram de modo efetivo para a retomada e consolidação do desenvolvimento humano nos últimos anos.

Entretanto, essa mesma capacidade também deu origem a práticas ilícitas até então inexistentes e proporcionou a reprodução, no ambiente virtual, de condutas ilegais originalmente concebidas para a prática no mundo físico.

Com a sanção do Marco Civil da Internet (MCI), acreditava-se que os brasileiros poderiam contar com uma nova ferramenta para o combate eficaz a esses ilícitos, tanto que a Lei chegou a ser referenciada por diversos veículos de comunicação como a “Constituição da Internet”, mas não foi exatamente isso o que ocorreu.

Conforme será exposto, em que pese suas passagens louváveis, o MCI apresenta uma série de problemas, de naturezas técnica e jurídica, que exigem adequação imediata. Dentre tais problemas, está aquele atinente ao sistema de responsabilização civil dos provedores de serviços de internet por danos decorrentes de conteúdos produzidos por seus usuários, fato que será objeto deste estudo.

Desta forma, o presente trabalho de conclusão de curso analisa o instituto da responsabilidade civil em relação aos provedores de serviços de internet pelos danos decorrentes de conteúdos gerados ou inseridos no ambiente virtual por terceiros, os seus usuários, objetivando, dentre outros, determinar como a responsabilização ela ocorre e qual a sua fundamentação jurídica.

O método científico utilizado foi o dedutivo e a técnica de pesquisa a bibliográfica, consubstanciada na consulta a livros e artigos jurídicos, disponíveis em meios físicos ou virtuais, além de normas jurídicas, decisões judiciais e outras fontes de pesquisa pertinentes ao tema.

No primeiro capítulo, são abordados alguns dos problemas decorrentes da já citada massificação do mundo digital e a influência do “Caso Snowden” na conturbada tramitação do MCI.

Após, analisam-se o conceito e as espécies de provedores de serviços de internet, com destaque à incompatibilidade entre as definições apresentadas pelo MCI e pela doutrina especializada atualmente utilizada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, fato que acaba aumentando o anseio por uma adequação técnica na Lei em comento, tarefa realizada no último item desse capítulo e a partir da qual se descobrem os casos de responsabilização e sujeição dos provedores ao sistema criado pelo legislador.

No segundo capítulo, é abordada a teoria geral da responsabilidade civil, com a apresentação do conceito, dos elementos (ou pressupostos) e das espécies deste instituto. Ao final, indicam-se as principais características do sistema de responsabilização civil dos provedores de serviços de internet por danos decorrentes de conteúdo de terceiro, constante do MCI, e os casos previstos no ordenamento jurídico em que as regras do marco regulatório têm incidência, de certa forma, afastada.

Por fim, no terceiro capítulo, são analisados os elementos que caracterizam as relações de consumo e verificada a correspondência deles em algumas relações jurídicas estabelecidas entre algumas espécies de provedores de serviços de internet e seus usuários.

A partir dessa constatação são destacados os problemas de ordem constitucional que o sistema de responsabilização civil do MCI possui e apresentada proposta de adequação jurídica deste, a partir de duas soluções igualmente possíveis, uma advinda do Poder Legislativo e outra do Poder Judiciário.

1 A INTERNET E SEU MARCO REGULATÓRIO NO BRASIL

1.1 Os problemas do mundo digital e o conturbado histórico da Lei nº 12.965/14

Foi em 24 de maio de 1844 que Samuel Morse enviou a primeira mensagem pública por meio de uma linha telegráfica entre as cidades americanas de Washington e Baltimore, um fato que ficou gravado na história como o marco inicial da “era das telecomunicações”, a qual se estende até os dias atuais, agora, conhecida como “era da informação”.

Nesse período de mais de cento e setenta anos, um número incontável de inovações tecnológicas ocorreu, contudo, nenhuma delas foi tão expressiva e abrangente quanto a rede mundial de computadores, também conhecida como internet, web, rede, nuvem, dentre tantas outras nomenclaturas.

Como ressalta José Francisco da Silva Neto, citado por Daniel Freire e Almeida (2015, p. 29), é a partir de avanços tecnológicos que se observa uma “gama significativa de eventos com interferência sobre os destinos de número, expressivo e infindável, de povos os mais distintos, com culturas e história as mais estancas entre si”. Certamente, na atualidade, o avanço que origina os eventos, agora globais, é a internet.

Segundo dados constantes de pesquisa realizada pela União Internacional das Telecomunicações – UIT, órgão vinculado à Organização das Nações Unidas – ONU, até o final de 2015, cerca de 3,2 bilhões de pessoas terão acesso à internet, das quais cerca dois bilhões estarão nos países em desenvolvimento. No Brasil, dados apresentados pela eMarketer, empresa estadunidense especializada em pesquisas voltadas a marketing, mídia e comércio digitais, revelam que o número de usuários conectados correspondeu no fim de 2014 a cerca de 107,7 milhões de pessoas, quantia equivalente a mais da metade da população total (PORTAL G1, 2015, online).

Os números podem até impressionar, mas uma breve análise revela os problemas que eles escondem. Basta lembrar que das 7,3 bilhões de pessoas existentes no mundo em 2015, 4,1 bilhões não têm acesso algum a internet, um número muito mais expressivo que o anterior. E ainda, que no ano de 2000, essa quantia correspondia a apenas 400 milhões de pessoas, ou seja, num período de quinze anos a população mundial que tem acesso à internet teve um aumento

equivalente a setecentos por cento, sem que houvesse qualquer tipo de instrução sobre o bom uso da rede aos antigos e novos internautas. (PORTAL G1, 2015, online).

Por tal razão, o risco de danos decorrentes de condutas perpetradas no ambiente virtual aumentou consideravelmente, ao mesmo passo em que cresceu a quantidade de pessoas prejudicadas por tais ações. A esse respeito, vale ressaltar que, por exemplo, um único ataque virtual de roubos de dados a um único servidor pode causar prejuízos a milhares de pessoas, talvez milhões. No mundo físico, condutas singulares com resultado semelhante são raras, no que se revela a urgência em conferir tratamento especial ao mundo digital.

Nesse sentido, Marcel Leonardi registra que a internet revolucionou a comunicação no mundo, facilitando pesquisas, trabalhos e o desenvolvimento do homem, contudo, essa nova forma de transmissão de informações não trouxe apenas coisas positivas: “Como qualquer nova tecnologia, a Internet também criou oportunidades inéditas para a prática de atos ilícitos” (LEONARDI, 2005).

Atento a tal situação, o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), braço executivo do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), entidade criada pelo Governo Federal para coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços de internet no país, publicou a “Cartilha de Segurança para Internet” (2012), alertando sobre os riscos existentes dentro do mundo virtual.

Segundo o documento, uma boa parcela dos danos decorrentes da utilização desviada da internet tem origem na conclusão que muitos usuários fazem de não estarem sujeitos a eles, seja pela compreensão equivocada da abrangência interna e externa da rede ou pela falsa sensação de que ninguém tem interesse em prejudicá-los ou tirar proveito de terceiros através deles.

Em relação aos riscos propriamente ditos, causadores de danos diretos e indiretos, a cartilha traz a seguinte lista com as especificações de como eles podem ocorrer (CGI.br, 2012, p.2):

[...]

Acesso a conteúdos impróprios ou ofensivos: ao navegar você pode se deparar com páginas que contenham pornografia, que atentem contra a honra ou que incitem o ódio e o racismo.

Contato com pessoas mal-intencionadas: existem pessoas que se aproveitam da falsa sensação de anonimato da Internet para aplicar golpes, tentar se passar por outras pessoas e cometer crimes como, por exemplo, estelionato, pornografia infantil e sequestro.

Furto de identidade: assim como você pode ter contato direto com impostores, também pode ocorrer de alguém tentar se passar por você e executar ações em seu nome, levando outras pessoas a acreditarem que estão se relacionando com você, e colocando em risco a sua imagem ou reputação.

Furto e perda de dados: os dados presentes em seus equipamentos conectados a Internet podem ser furtados e apagados, pela ação de ladrões, atacantes e códigos maliciosos.

Invasão de privacidade: a divulgação de informações pessoais pode comprometer a sua privacidade, de seus amigos e familiares e, mesmo que você restrinja o acesso, não há como controlar que elas não serão repassadas. Além disso, os sites costumam ter políticas próprias de privacidade e podem alterá-las sem aviso prévio, tornando público aquilo que antes era privado.

Divulgação de boatos: as informações na Internet podem se propagar rapidamente e atingir um grande número de pessoas em curto período de tempo. Enquanto isto pode ser desejável em certos casos, também pode ser usado para a divulgação de informações falsas, que podem gerar pânico e prejudicar pessoas e empresas.

Dificuldade de exclusão: aquilo que é divulgado na Internet nem sempre pode ser totalmente excluído ou ter o acesso controlado. Uma opinião dada em um momento de impulso pode ficar acessível por tempo indeterminado e pode, de alguma forma, ser usada contra você e acessada por diferentes pessoas, desde seus familiares até seus chefes.

Dificuldade de detectar e expressar sentimentos: quando você se comunica via Internet não há como observar as expressões faciais ou o tom da voz das outras pessoas, assim como elas não podem observar você (a não ser que vocês estejam utilizando webcams e microfones). Isto pode dificultar a percepção do risco, gerar mal-entendido e interpretação dúbia.

Dificuldade de manter sigilo: no seu dia a dia é possível ter uma conversa confidencial com alguém e tomar cuidados para que ninguém mais tenha acesso ao que está sendo dito. Na Internet, caso não sejam tomados os devidos cuidados, as informações podem trafegar ou ficar armazenadas de forma que outras pessoas tenham acesso ao conteúdo.

Uso excessivo: o uso desmedido da Internet, assim como de outras tecnologias, pode colocar em risco a sua saúde física, diminuir a sua produtividade e afetar a sua vida social ou profissional.

Plágio e violação de direitos autorais: a cópia, alteração ou distribuição não autorizada de conteúdo e materiais protegidos pode contrariar a lei de direitos autorais e resultar em problemas jurídicos e em perdas financeiras.

Ao menos por enquanto, das situações acima apenas uma, o uso excessivo, é atribuível exclusivamente ao “internauta de boa-fé”, individualmente considerado. As demais não o são por dependerem das ações de outras pessoas, naturais ou jurídicas, algumas das quais mal-intencionadas, que visam obter benefícios pessoais, lícitos ou ilícitos, e/ou simplesmente causar danos a outrem.

As técnicas que dão causa aos riscos acima listados são incontáveis, e em algumas vezes empregadas de modo simultâneo. A cartilha apresenta algumas delas, classificando-as em cinco grupos distintos: golpes de internet, ataques de internet, spans, códigos maliciosos (ou malwares) e outros.

Ataques e fraudes a servidores ou bancos de dados de grandes instituições, como bancos e empresas multinacionais, são difíceis de serem realizados, sobretudo, porque as vítimas

têm exata noção do valor dos dados que possuem. Em virtude disso, os maus usuários concentram seus esforços no usuário comum, utilizando táticas (golpes de internet) que exploram sua falta de conhecimento, com o objetivo de enganá-lo e persuadi-lo a fornecer dados pessoais ou realizar ações diversas, prejudiciais a ele usuário ou a terceiros.

Sem adentar nas especificidades de cada uma dessas técnicas, estão incluídas dentro do grupo dos golpes de internet: o furto de identidade (identity theft), a fraude de antecipação de recursos (advance fee fraud), a pirâmide financeira virtual, o phishing e o pharming, os golpes de comércio eletrônico em sites falsos de compra individual/coletiva ou em leilões online (arremate pelo menor preço, produtos secretos etc.) e os boatos (hoax).

No tocante aos ataques de internet, por representarem uma ofensiva contra algo ou alguém, verifica-se que suas motivações podem ser variadas, e até mesmo desvinculadas das utilizadas nos golpes, quando estes não surtem o efeito desejado, por exemplo. Segundo a cartilha (CGI.br, 2012, p. 17-18), dentre as motivações existem aquelas voltadas à demonstrações públicas de poder, à obtenção de prestígio e aos aspectos financeiros, comerciais e político-ideológicos.

Compõem o grupo das técnicas de ataques de internet: a exploração de vulnerabilidades computacionais, a varredura em redes (scan), a falsificação de e-mail (e-mail spoofing), a interceptação de tráfego de dados, a força bruta (brute force), a desfiguração de página eletrônica (defacement) e o ataque de negação de serviço (Dos e Ddos).

Já os códigos maliciosos, também conhecidos como malwares ou vírus de computador em sentido amplo, divergem dos grupos anteriores, pois na maioria das vezes possuem prática e disseminação independentes da ação humana. Segundo a definição proposta pela cartilha (CGI.br, 2012, p. 23), esses códigos “são programas especificamente desenvolvidos para executar ações danosas e atividades maliciosas em um computador”, infectando-o e comprometendo-o. Os códigos maliciosos podem atuar isoladamente ou em conjunto com as técnicas de golpes e ataques de internet.

Integram o grupo em comento: os vírus de computador em sentido estrito, os worms, o wabbit, o bot e o botnet, os spywares, os keyloggers (software), os screenloggers (software), o backdoor, o trojan (cavalo de troia), os exploits, o rootkit e o URL injection.

Por sua vez, os spans possuem ligação direta com todos os grupos anteriores, já que em virtude do meio utilizado para sua propagação, as mensagens eletrônicas, eles acabam

também sendo um dos grandes responsáveis pela propagação de códigos maliciosos, disseminação de golpes, além de serem o marco inicial de alguns ataques.

Ainda que não aparentem, os spans podem causar danos diretos aos internautas, tais como: a perda de mensagens importantes, o acesso a conteúdo impróprio ou ofensivo, o gasto desnecessário de tempo e dinheiro, o não recebimento de outros e-mails (spans em demasia podem lotar o espaço de armazenamento disponível na caixa de entrada), a classificação errada de mensagens, o impacto na banda, a má utilização dos servidores e a inclusão indevida em listas de bloqueio dos provedores de correio eletrônico.

Além dessas, muitas outras técnicas são empregadas na obtenção de vantagens ilícitas e na causação de danos a outrem. Como registra a cartilha, novos recursos e serviços de navegação foram criados com o passar dos anos para atender a demanda dos usuários. Infelizmente, o cuidado para com essas novidades não seguiu o mesmo ritmo, de tal modo que os maus usuários passaram a ver nelas novas “oportunidades de negócio”.

Dentre essas novidades, que podem ter suas finalidades desviadas para o ilícito, encontram-se: os cookies de internet, os códigos computacionais, as janelas de pop-up, os plugins, complementos e extensões dos navegadores de internet, os links patrocinados e os banners de propagandas, o compartilhamento virtual de arquivos individuais (P2P e torrent, por exemplo) e de recursos diversos (software e hardware).

Como se vê, não são poucos os riscos a que estão submetidos os usuários da rede mundial de computadores. Entretanto, não foi a partir dessa óbvia constatação, mas sim com base em um episódio específico, que os representantes do Poder Público passaram a atuar, criando os problemas que são objeto do presente estudo, como se verá a seguir.

Em 24 de abril de 2009, o CGI.br aprovou a Resolução n. 2009/003/P, que estipula dez princípios basilares para a governança e o uso da internet no Brasil, dos quais se destaca o último, nestes termos: “10. Ambiente legal e regulatório. O ambiente legal e regulatório deve preservar a dinâmica da Internet como espaço de colaboração”.

Pouco tempo depois da aprovação, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em conjunto com a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, desenvolveu a iniciativa denominada “Marco Civil da Internet no Brasil”, através da qual se objetivava a construção colaborativa de um anteprojeto de lei que estabelecesse

princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários, dos prestadores de serviços e do Poder Público.

A plataforma utilizada para a participação popular foi cedida pelo Ministério da Cultura e pela Rede Nacional de Ensino e Pesquisa – RNP, o primeiro provedor de backbone do país, recebendo mais de dois mil comentários diretos, incontáveis manifestações em ferramentas virtuais, como as redes sociais, além de dezenas de documentos institucionais, oriundos do Brasil e do exterior.

De todo esse processo resultou o Projeto de Lei nº 2.126, apresentado pela Presidente da República à Câmara dos Deputados em 24 de agosto de 2011. Após a instituição de uma comissão especial, o deputado Alessandro Molon foi escolhido o relator da matéria.

Na Casa, os trabalhos ocorriam de forma lenta até a parada total em 18 de junho de 2012, assim permanecendo pelo período de quase um ano.

Em 06 de junho de 2013, através de reportagem do jornal britânico “The Guardian”, veio à tona um escândalo de vigilância virtual global, perpetrada pela National Security Agency (NSA), órgão de segurança, inteligência e espionagem vinculado diretamente ao Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América. A imprensa atribuiu ao escândalo o nome de “Caso Snowden”.

Segundo as denúncias feitas pelo americano Edward Snowden, reportadas inicialmente pelo jornal britânico e posteriormente por outros meios de comunicação de todo o mundo, o governo estadunidense operaria um amplo esquema de espionagem internacional envolvendo, dentre outros, o acesso indiscriminado a mensagens eletrônicas e a ligações telefônicas de pessoas, empresas e outros governos, inclusive o brasileiro, em conjunto com gigantes da tecnologia da informação, como Microsoft, Google, Yahoo!, Facebook, Apple, Verizon e AT&T. O centro desse esquema seria o “PRISM”, programa de monitoramento e compilação de informações que circulavam em tempo real na internet.

Devido à imensa repercussão do caso, que continua até os dias atuais, o Governo Federal, com base no art. 64, §1º, da Constituição Federal, apresentou à Câmara dos Deputados um pedido de urgência na tramitação do PL nº 2.126/2011, em setembro de 2013, ou seja, o projeto teve seu período de tramitação restante reduzido a apenas quarenta e cinco dias.

Após a requisição, os debates foram retomados na Câmara, desta vez, com um maior enfoque na proteção dos dados pessoais e na coibição da espionagem. Como não houve consenso

em relação a temas como neutralidade da rede, guarda de dados pessoais e obrigatoriedade de instalação de servidores e bancos de dados em território nacional, os deputados acabaram extrapolando o prazo constitucional, de tal modo que o projeto, assim como as inúmeras medidas provisórias que dependiam de conversão, passou a trancar a pauta da Casa.

Passados pouco mais de seis meses, em 25 de março de 2014 o PL nº 2.126/11 foi aprovado na Câmara dos Deputados e encaminhando ao Senado Federal, onde passou a tramitar como o Projeto de Lei da Câmara nº 21, de 2014.

Na Casa Revisora, atendendo ao rito de urgência constitucional, a proposta teve “tramitação relâmpago”: deu entrada em 26 de março e foi aprovada em 22 de abril, período inferior a um mês. Ainda que alguns senadores defendessem a necessidade de um tempo maior para o debate devido à complexidade do tema, uma manobra regimental (inversão de pauta) possibilitou a votação e consequente aprovação do projeto.

Torna-se impossível não afirmar que a manobra mencionada tenha tido como motivo principal a realização do “NETmundial” no dia seguinte, já que foi justamente nesse evento internacional voltado à discussão da internet que houve a sanção presidencial ao projeto, originando o Marco Civil da Internet (MCI), Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que entrou em vigor no dia 23 de junho de 2014.

Como se vê, o pedido de urgência constitucional, juntamente da necessidade de sanção do MCI no evento acima indicado, impactou de forma negativa o processo de discussão parlamentar, principalmente no Senado Federal. Corroborando a presente conclusão, cita-se a aprovação por parte da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT), ocorrida em menos de dois minutos, sem que quaisquer questionamentos fossem apresentados pelos senadores presentes, ainda que ali fosse o local apropriado para tanto.

Igualmente, o fato de a Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA) ter cancelado a reunião que ocorreria no dia 22 de abril comprova a insuficiência das discussões realizadas, principalmente em relação ao direito consumerista.

Fábio Almeida Lopes (2009), ao destacar as teorias que se propõem a descrever a atuação parlamentar dentro de uma democracia representativa, como a brasileira, leciona que um dos princípios básicos que regem aquela é a necessidade de debates. Nas palavras do referido autor (LOPES, 2009, p. 45):

A necessidade de debates para a decisão diz respeito à obrigatoriedade de uma proposta ser apresentada e discutida antes que se delibere sobre ela. Tal princípio se impõe por variados motivos, que vão desde a pura e simples necessidade de permitir a expressão da minoria, de outra forma massacrada nas frias votações, até a troca de informações, pois **a diversidade social representada pelo Parlamento eleito é desigual em formação, mas a decisão coletiva é responsabilidade de todos e deve ser fundamentada o melhor possível.** A palavra é a ferramenta parlamentar por excelência. (grifos nossos)

Desta forma, como comprovadamente não ocorreram os devidos debates em torno do MCI, conclui-se que, embora tenha seguido o procedimento aparentemente correto, a Lei jamais poderá ser considerada fruto de uma adequada atuação parlamentar.

As contribuições iniciais serviram para a construção de um anteprojeto que atendesse a alguns dos anseios da sociedade civil, contudo, uma norma deformada foi estabelecida pelo Congresso Nacional, que sequer promoveu uma análise crítica, sob os pontos de vista técnico e jurídico, dos dispositivos que seriam por ele criados.

Tal situação deu ensejo à existência de graves problemas na Lei nº 12.965/14, que serão objeto de análise no texto restante deste e do terceiro capítulo.

1.2 Os conceitos e espécies de provedores de internet na doutrina e na Lei nº 12.965/14

Conforme exposição anterior, durante o processo de elaboração do Marco Civil da Internet não houve espaço para o debate, técnico e jurídico, sobretudo, no Senado Federal, em decorrência do regime de urgência imposto diante do “Caso Snowden” e da necessidade de sanção presidencial em evento internacional realizado na cidade de São Paulo/SP.

Do ponto de vista técnico, o texto legal se afastou indevidamente dos ensinamentos da doutrina especializada, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, quando inovou em matéria atinente ao conceito e às espécies de provedores de internet.

A esse respeito, veja-se que quando da elaboração do Marco Civil da Internet, o legislador deixou consignado no capítulo terceiro da lei a existência de duas espécies de provedores: os provedores de conexão e os provedores de aplicações de internet.

A partir das disposições do MCI, conclui-se que os provedores de conexão seriam, como o próprio nome informa, os responsáveis pelo fornecimento de conexão à internet aos seus usuários. Por sua vez, segundo definição proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal e

Territórios (2015, p. 6) e pelo professor e procurador Frederico Meinberg Ceroy (2014, online), provedores de aplicações de internet seriam as empresas, organizações ou pessoas naturais que de forma profissional ou amadora, forneceriam um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet, não importando se os objetivos são econômicos.

Durante o transcorrer da referida norma, várias outras menções e referências a tais provedores são feitas, contudo, algumas delas acabam ficando confusas, de tal modo que se torna bastante difícil descobrir a vontade do legislador nessas situações, podendo ser citada como exemplo a problemática dos “administradores de sistemas autônomos”.

Segundo o conceito apresentado no artigo quinto do MCI, tais sujeitos seriam pessoas, físicas ou jurídicas, que administrariam blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastradas no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País.

Ocorre que, sem tecer maiores explicações, o artigo treze da Lei dispõe que tais administradores podem desempenhar as atividades dos provedores de conexão, embora o conceito já apresentado daqueles não tenha feito qualquer menção a essa possibilidade.

Logo, um questionamento inevitável surgiu: seria o administrador de sistemas autônomos um gênero do qual os provedores de conexão e os provedores de aplicações de internet seriam espécies?

A doutrina especializada não fornece resposta para essa pergunta, sobretudo, porque ela, originada a partir das escolhas feitas pelo legislador, desconsidera os ensinamentos vindos da própria doutrina especializada que é atualmente atualizada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sobre o tema, Ronaldo Lemos (2005, p. 32-35), com amparo no Digital Millennium Copyright Act (DMCA), lei estadunidense criada em 1998 com o intuito de estender os direitos de autor ao meio ambiente virtual, apresenta uma classificação de provedores não tão distinta daquela constante do MCI. Conforme o referido autor, existiriam duas espécies de provedores de internet: os provedores de serviço de acesso (PSA) e provedores de serviços online (PSO).

Os provedores de serviço de acesso corresponderiam aos provedores de conexão, indicados no texto do MCI. Por sua vez, os provedores de serviços online corresponderiam a um gênero do qual todas as demais pessoas que desempenhassem atividades relacionadas à internet seriam parte.

As duas espécies de provedor deveriam ser consideradas individualmente e analisadas dessa forma, já que não guardariam quaisquer semelhanças entre si. O único ponto de convergência estaria relacionado aos serviços prestados: enquanto os PSAs forneceriam o acesso à internet, os PSOs se utilizariam desse acesso para fornecer os seus serviços na rede.

Como se vê, excetuada a ausência de menção aos administradores de sistemas autônomos, a distinção entre os sujeitos apresentados pelo legislador no MCI e pelo autor supracitado possui relação apenas com a nomenclatura utilizada.

Tal medida não se mostra adequada ante ao caráter dinâmico da internet, tornando-se indiscutivelmente equivocada a tentativa de dividir os provedores de internet em apenas dois grupos, até mesmo porque dentro da ideia dos “serviços online” uma vasta gama de funcionalidades totalmente diferentes entre si existe e outra infinidade delas pode surgir a qualquer momento.

Atento a tal situação, Marcel Leonardi (2005, p. 19-30), afastando-se da lição do autor supracitado e das escolhas feitas pelo legislador estadunidense, formula uma conceituação que leva em consideração o principal aspecto dos provedores de internet: os serviços por eles disponibilizados.

Inicialmente, Marcel Leonardi apresenta o conceito de **provedor de serviço de internet**. Segundo o autor, tal provedor, constituído na forma de pessoa natural ou jurídica, seria o responsável pelo fornecimento de serviços relacionados ao funcionamento da internet ou prestados através dela. Esse sujeito representaria um gênero do qual todos os outros, divididos a partir de suas próprias características, seriam espécies. Justificando sua escolha, o autor afirma que a dicotomia entre provedores de acesso (ou conexão) e provedores de serviço tende a desaparecer, uma vez que com o passar do tempo e a massificação do acesso à internet, tornou-se corriqueira a prestação de mais de um serviço pelo mesmo provedor, seja ele inicialmente de acesso ou de serviço. A responsabilidade civil deve então considerar o serviço e não mais o sujeito que o presta (LEONARDI, 2005, p.19).

Em assim sendo, dentro do gênero dos provedores de serviços de internet, Marcel Leonardi (2005, p. 19) elenca as seguintes espécies: provedores de backbone, provedores de acesso, provedores de hospedagem, provedores de correio eletrônico e provedores de conteúdo, subgênero composto pelos provedores de conteúdo em sentido estrito e pelos provedores de informação.

Conforme o item 2.2 da Nota Conjunta dos Ministérios das Comunicações e da Ciência e Tecnologia de junho de 1995, que presta esclarecimentos acerca da introdução da internet comercial no país, backbone (espinha dorsal, na tradução do inglês) é a nomenclatura utilizada para se referir às estruturas de rede capazes de manipular grandes volumes de informações, constituídas basicamente por roteadores de tráfego interligados por circuitos de alta velocidade.

Desta forma, na acepção de Marcel Leonardi, os **provedores de backbone** seriam as pessoas que deteriam essas estruturas físicas, compostas por grandes cabos interligados, que, via de regra, seriam disponibilizadas a título oneroso aos provedores de acesso.

Como bem destaca Mariana Davidovich (2014, p. 9), justamente por serem os detentores dos meios de transmissão, tais provedores são responsáveis por quase a totalidade dos dados que trafegam na web, sejam eles públicos ou privados. No Brasil, o primeiro provedor de backbone foi a RNP, e, atualmente, a Embratel, antiga Telebrás, é o principal provedor dessa espécie.

Por sua vez, os **provedores de acesso** seriam as pessoas que repassariam aos usuários a conectividade à rede. A função precípua desses sujeitos é fornecer serviços capazes de estabelecer contato entre os seus clientes e a estrutura disponibilizada pelos provedores de backbone, de modo a possibilitar a transferência de dados entre os usuários e a *web*.

Em resumo, segundo Érica Brandini Barbagalo, citada por Marcel Leonardi (2005, p. 23), compete aos provedores em comento “atribuir ao usuário, desde que entre eles exista essa obrigação, derivada de acordo entre as partes, um endereço IP para que o usuário possa se conectar a Internet e dela fazer uso, conforme sua vontade”.

Logo, incorreta está qualquer conceituação que exija, além do fornecimento de acesso à internet, a prestação de serviços adicionais, como correio eletrônico, locação de espaço em disco rígido, hospedagem de páginas ou até mesmo a criação de conteúdo para ser acessado pelos seus usuários, dentre outros.

No Brasil existem inúmeros provedores de acesso, enquanto alguns disponibilizam seus serviços em locais fixos (residenciais ou comerciais), como Net, Oi/Brasil Telecom, GVT, outros atuam também em ambientes externos, caso de empresas operadoras de telefonia móvel, como Claro, Vivo e TIM.

Já os **provedores de hospedagem** seriam as pessoas que forneceriam de forma onerosa ou gratuita o serviço de armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto, possibilitando o acesso de terceiros a esses dados, de acordo com as condições estabelecidas com o contratante do serviço.

Ainda que inexista impedimento na prestação de outros serviços, para que reste configurada a existência de um provedor de hospedagem, torna-se necessária a disponibilização simultânea de dois serviços: o armazenamento de dados num disco rígido de acesso remoto e a concessão de acesso aos dados armazenados, ainda que por usuário distinto, desde que autorizado pelo contratante inicial.

Em seu livro, quando trata dos provedores acima, Marcel Leonardi formula suas ideias estabelecendo relações exclusivas entre eles e os provedores de conteúdo. Entretanto, em virtude do avanço da internet e do incremento na velocidade de conexão (download e upload), tornou-se possível e bastante comum que os provedores de hospedagem também prestem serviços de armazenagem e acesso a usuários comuns, não provedores, o que na atualidade convencionou denominar-se como *cloud storage* (armazenamento na nuvem, na tradução do inglês), tal como ocorre em serviços como Dropbox, Google Drive, OneDrive, Mega, Minhateca etc.

Assim sendo, além das características diferenciadas do serviço prestado por cada um dos provedores de hospedagem, deve-se ficar atento aos destinatários específicos desses serviços no caso concreto, provedores ou usuários comuns.

No tocante aos **provedores de correio eletrônico**, Marcel Leonardi informa que embora boa parte dos provedores de acesso também preste esse serviço, não há óbice a sua execução por empresas diversas e desprovidas de quaisquer vínculos com aqueles.

Esse é o caso de empresas e serviços como Outlook.com (substituto do popular Hotmail), Outlook Express, Gmail, Yahoo etc. Ainda, podem-se citar os serviços consubstanciados em aplicativos de trocas de mensagens entre smartphones, como é o caso de Skype, Viber e Whatsapp.

Ademais, acesso e correio eletrônico são completamente distintos. Como bem destaca o autor supracitado, o serviço de acesso é constituído pelo mero fornecimento de conexão à internet, enquanto que o serviço de correio eletrônico, dependente de prévia conectividade, é constituído pela disponibilização de sistema informático, acessível através de login exclusivo,

que possibilita o envio e o recebimento de mensagens entre os usuários do mesmo tipo de serviço, ainda que prestado por outra pessoa.

Para evitar a perda ou desaparecimento, as mensagens enviadas ou recebidas ficam armazenadas num disco rígido de acesso remoto, com isso, os usuários podem optar em deixar as mensagens nesse disco ou baixá-las em seu computador. Esse armazenamento, contudo, não é apto a caracterizar as empresas que prestam o serviço de correio eletrônico como provedores de hospedagem.

Por fim, Marcel Leonardi informa que embora uma boa parcela da doutrina especializada e da jurisprudência disponível relacionada à internet utilizem as expressões “provedores de informação” e “provedores de conteúdo” como sinônimos, a prática revela que os serviços por elas designados guardam particularidades que impossibilitam essa equivocada junção.

Desta forma, dentro dos provedores de serviços de internet, Rodrigo Junqueira Bertoncini (2013, p.10) e Marcel Leonardi indicam a existência do **subgênero dos provedores de conteúdo**, no qual, por seu turno, estariam inclusos os provedores de informação e os provedores de conteúdo em sentido estrito, sendo possível que uma mesma pessoa exerça as duas atividades.

Os **provedores de informação** seriam as pessoas responsáveis pela criação das informações (ou conteúdo) disponibilizadas na rede, ainda que expostas inicialmente em outros locais, exercendo, portanto, o papel de autores dos dados idealizados, enquanto que os **provedores de conteúdo em sentido estrito** seriam as pessoas responsáveis pela disponibilização na internet das informações produzidas por terceiros.

Esse processo de disponibilização pode ocorrer de forma direta, quando o provedor de conteúdo atua ativamente na escolha e publicação do conteúdo gerado por terceiro, ou de forma indireta, quando o provedor de conteúdo apenas disponibiliza ao terceiro formas (sistemas ou plataformas online) de publicar o conteúdo por ele produzido, como é o caso de fóruns de discussão virtuais, das redes sociais e de sites que prestam serviços assemelhados ao do Youtube, Vimeo ou Dailymotion, por exemplo.

A divisão proposta por Marcel Leonardi, além de ser aceita por parcela considerável dos autores, tanto da seara jurídica quanto da área da tecnologia da informação, foi objeto de reconhecimento pela jurisprudência pátria, mais precisamente, a do Superior Tribunal de Justiça.

Dentre tantos outros, pode-se citar como exemplo o julgamento unânime do Recurso Especial n. 1.398.985/MG, ocorrido em 2013, com a relatoria da eminente Ministra Nancy Andrigli, que, apenas deixando de fazer menção aos provedores de correio eletrônico, assim consignou em parte de seu voto:

07. Os provedores de serviços de internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) **provedores de backbone** (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) **provedores de acesso**, que adquirem a infraestrutura dos provedores *backbone* e revendem aos usuários finais, possibilitando a esses conexão com a internet; (iii) **provedores de hospedagem**, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) **provedores de informação**, que produzem as informações divulgadas na internet; e (v) **provedores de conteúdo**, que disponibilizam na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação.

Como se vê a partir das lições acima, no ambiente virtual existem diversos tipos de provedores de internet, que são divididos pela doutrina especializada, atualmente utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme a especificidade dos serviços prestados.

Entretanto, essa variedade não foi reconhecida pelo legislador, que, distanciando-se e muito da natureza da internet, seus usos e costumes particulares, acabou importando do direito estadunidense (DMCA) uma classificação que não mais se mostra adequada perante o atual estado da rede mundial de computadores.

Não obstante, institui-se ainda um sistema de responsabilização civil (e isenção dela) baseado nessa classificação, razão pela qual se torna extremamente necessário efetuar adequações técnicas e jurídicas nele, tarefas realizadas no próximo tópico e no terceiro capítulo, respectivamente.

1.3 A adequação técnica das regras da Lei nº 12.965/14 atinentes à responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet

Como visto no tópico anterior, existe uma boa variedade de provedores de serviços de internet, cujas distinções residem justamente nas características dos serviços ofertados, e que não foi consagrada pelo legislador ao elaborar o MCI.

Essa limitação, além de dar causa a alguns dos problemas existentes na lei, vai de encontro a já citada Resolução n. 2009/003/P, do Comitê Gestor da Internet, quando esta dispõe no seu quinto item que “a governança da internet deve promover a contínua evolução e ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso”. Afinal de contas, com limites não há inovação, tampouco evolução, e mais do que isso: a continuidade é afetada.

Com vistas a corroborar a presente afirmação, pode-se citar como exemplo a situação envolvendo a obrigação de guarda automática de dados relativos à utilização da internet.

Segundo prevê o artigo 16 do MCI, na “provisão de aplicações de internet”, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, assim como de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual houve consentimento.

Por melhores que tenham sido suas intenções, ao estipular uma abstenção que abrange todos os “provedores de aplicações”, o legislador desconsiderou o fato de que são justamente esses dados que possibilitam a continuação das atividades de alguns desses sujeitos, seja pela natureza do serviço ou pelo estancamento da fonte de receitas.

Em relação à natureza do serviço, o caso mais alarmante é o dos sites de busca, como Google, Bing (Microsoft), Yahoo. Sem que haja a necessidade de qualquer convenção ou ajuste prévios (consentimento formal), o serviço disponibilizado por tais sujeitos consiste basicamente em apresentar uma página contendo links relacionados aos parâmetros de busca indicados pelos usuários. Esses links direcionam a outras páginas, cuja administração e manutenção, na maioria das vezes, não guardam qualquer tipo de relação com o provedor que as encontrou.

Com vistas a incrementar a eficiência de seus sistemas de buscas, excetuados os casos de patrocínio direto, os sites organizam a ordem da lista a ser exibida com base na relevância dos links existentes. Esse critério de relevância, originado a partir de longos e complexos algoritmos computacionais, é construído aos poucos, a partir de buscas anteriores do mesmo ou de outros usuários e da quantidade de acessos que cada link obtém por meio da plataforma do provedor.

Ao impedir o armazenamento de dados pelos “provedores de aplicações”, o legislador impossibilitou a regular continuidade daqueles que prestam o serviço acima, a não ser que fosse cogitada a existência de sites de busca que exibam resultados aleatórios e até mesmo sem qualquer conexão com os parâmetros de pesquisa utilizados. Isso seria ilógico.

Em relação ao estancamento da fonte de receitas, este fica evidenciado quando se analisa a situação dos provedores que exibem publicidade alheia dentro de suas plataformas, um fato que ocorre com boa parcela dos provedores de serviços de internet, excetuados os de backbone e os de acesso.

Ao impedir que os provedores armazenem dados referentes ao acesso de seus usuários, através de suas plataformas, a outras aplicações de internet, o legislador impossibilitou a prestação de contas dos provedores aos anunciantes, dado que aqueles não terão como informar a estes quantos e quais de seus usuários acessaram o link constante do anúncio publicitário. Caso se opte em seguir à risca tal regra, o mercado de publicidade virtual tende a sofrer um grande impacto negativo, que talvez culmine em seu término.

Sobre os contratos virtuais, a professora Patrícia Peck Pinheiro (2013, p. 433) leciona que um dos principais pontos de distinção entre eles e os contratos comuns reside no fato de que aqueles em regra apresentam um glossário que indica o real significado de todos os termos técnicos existentes em seu texto ou a ele relacionados. Esse glossário pode constar tanto da redação do próprio contrato quanto de documento apartado, como um quadro ou lista anexos, por exemplo.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado em relação ao MCI: desconsiderando o breve artigo quinto, talvez fosse mais adequado que o legislador apresentasse um quadro indicando o real significado de todos os termos informáticos constantes da lei, ou até mesmo deixasse essa tarefa para entidades especializadas, como o próprio Comitê Gestor da Internet – CGI, sobretudo, quando considerada a conturbada tramitação que sucedeu o “Caso Snowden”.

Essa última medida não representaria qualquer tipo de depreciação do aspecto democrático do MCI, muito pelo contrário, demonstraria o reconhecimento do caráter dinâmico e mundial da web e o respeito para com a doutrina especializada, que acaba servindo de subsídio para as decisões tomadas nessas entidades, e até mesmo no Superior Tribunal de Justiça.

Assim sendo, a partir da lição e situações expostas, que acabam atingindo de modo direto (sites de buscas) ou indireto (publicidade virtual) todos os provedores de serviços de

internet, verifica-se que a Lei nº 12.965/14 precisa imediatamente da adequação técnica de seus dispositivos, e como não se pode ficar a mercê da vontade do legislador, esse processo terá início com a interpretação a ser promovida pelos operadores do direito.

Como o presente estudo tem por objeto a responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet por danos decorrentes de conteúdo de terceiro, torna-se imperioso indicar quais deles, a partir das características de seus serviços, estão sujeitos ao sistema constante do MCI, tarefa a seguir realizada.

Inicialmente, registra-se que é na Seção III, do Capítulo III, do MCI (arts. 18 a 21) onde estão as regras relativas à “responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”. Tal redação pode levar a equívocos, tendo em vista ser desnecessário que o conteúdo seja realmente gerado pelo terceiro, bastando apenas o envio (upload) até o ambiente virtual disponibilizado pelo provedor. O terceiro, ainda que não seja o autor do conteúdo, responderá como se o fosse, solidariamente com o efetivo autor, nos termos do artigo 942 do Código Civil.

No artigo 18 do marco regulatório, restou consignado que o “provedor de conexão” à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Partindo-se das lições de Marcel Leonardi, pode-se afirmar que o quê o legislador realmente pretendeu foi isentar do dever de indenizar, nesses casos, os provedores que exploram a conectividade à internet, quais sejam: os provedores de backbone e os provedores de acesso. A adequação técnica do dispositivo depende dessa interpretação.

A não ser que o desenvolvimento de nova tecnologia assim o permitisse, os provedores de backbone não têm como especificar quem são e o que fazem os usuários dos provedores de acesso que contratam seus serviços. A única exigência passível de imposição a eles é a indicação dos provedores de acesso que utilizaram suas estruturas, em dia e hora determinados.

Logo, em relação aos primeiros, a isenção (e não sujeição) resulta da própria característica do serviço prestado, que consiste basicamente em permitir a exploração, econômica ou não, da estrutura física da internet. Ademais, considerando-se que os “terceiros” mencionados pelo legislador são em regra consumidores do serviço prestados pelos provedores de acesso, não haveria lógica em responsabilizar os de backbone, pois inexistente qualquer tipo de relação jurídica entre eles e os agentes causadores de danos (LEONARDI, 2005, p.156).

A mesma situação de isenção (e não sujeição) ocorre com os provedores de acesso. Ambos os provedores têm atuação exclusiva no fornecimento de conectividade à internet. A única diferença é que os de acesso, justamente por fornecerem esse serviço, teriam um vínculo direto com o terceiro, agente causador do dano, e, às vezes, até mesmo com o ofendido.

Entretanto, essa relação, por si só, não é apta a ensejar a responsabilização dos provedores de acesso, dado que em nenhuma de suas acepções clássicas o serviço por eles prestado abrange a análise e o armazenamento do conteúdo enviado ao ambiente virtual por seus clientes – os provedores de acesso são meros intermediadores de dados -, como esclarece Marco Aurélio Greco, citado por Marcel Leonardi (2005, p.159):

[...] no puro provimento de acesso, a situação jurídica do provedor de acesso é semelhante à da empresa de telefonia. Ele pode controlar apenas a fluxo de mensagens, sua periodicidade e tudo o mais pertinente que se relacione ao acompanhamento do funcionamento e da eficiência do sistema, mas não tem poder para verificar conteúdos que por ali transmitem tal como a empresa de telefonia não tem poder de verificar as conversas que transitam pela sua rede.

A presente conclusão, em relação aos backbones e aos de acesso, encontra guarida no próprio MCI, que em seu artigo 14 prevê ser vedado guardar os registros de acesso dos usuários a aplicações de internet durante a “provisão de conexão”, onerosa ou gratuita, e na Constituição Federal, que em seu art. 5º, XII, assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, **de dados** e das comunicações telefônicas.

E ainda que houvesse alguma cogitação no sentido da responsabilização dos provedores acima e da sujeição deles ao sistema do MCI, a prática processual revelaria o equívoco cometido.

Imagine-se ordem judicial (art. 19) ou notificação extrajudicial (art. 21) requisitando que um provedor de backbone ou de acesso torne indisponível determinado conteúdo considerado prejudicial a alguém. Como sequer armazenam o conteúdo enviado ao ambiente virtual, poderiam os provedores acionados torná-lo indisponível? Invadindo a seara de outros provedores? Seria juridicamente possível responsabilizá-los pelo descumprimento de algo impossível de ser realizado? Ao que parece, as respostas para essas perguntas seriam todas negativas.

Desta forma, tanto os provedores de backbone quanto os provedores de acesso não estão sujeitos ao sistema de responsabilização civil constante do MCI, assim como são isentos do dever de indenizar os danos decorrentes de conteúdos inseridos em ambiente virtual por terceiros, como se infere a partir da adequação técnica do artigo 18 da Lei nº 12.965/14.

Ainda que desempenhem atividades distintas das dos provedores acima, uma conclusão semelhante é feita em relação aos provedores de correio eletrônico.

Eles transmitem através da internet mensagens de terceiros, encaminhando-as do destinatário ao remetente. Portanto, uma análise precipitada poderia levar o operador do direito a afirmar que eles estariam sujeitos ao sistema de responsabilização civil instituído pelo MCI, contudo, isso está duplamente incorreto.

Assim como ocorre com os provedores de backbone e os de acesso, o serviço prestado pelos provedores de correio eletrônico encontra tratamento diferenciado na Constituição Federal. Para todos os efeitos, as mensagens eletrônicas encontram-se protegidas pelo sigilo de correspondências, insculpido no art. 5º, XII, da Carta Magna.

Desta forma, como o ordenamento jurídico impõe uma determinada conduta negativa, de não violar (monitorar, editar ou excluir) os conteúdos que transitam em suas plataformas, os provedores de correio eletrônico são isentos de responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado (enviado) por terceiros. Eventual pensamento em sentido contrário estaria completamente equivocado, pois resultaria em aplicação de sanção a pessoa que não estaria incorrendo em qualquer espécie de violação ao ordenamento jurídico.

Ainda em relação aos provedores de correio eletrônico, percebe-se que as próprias características do serviço por eles prestado revelam uma deficiência do sistema de remoção do MCI.

Ao se enviar uma mensagem eletrônica, todos os dados técnicos a ela referentes, bem como o seu inteiro teor, podem ficar armazenados, ao menos, em três locais: os terminais do destinatário e do remetente, caso optem por descarregá-la, e a plataforma do provedor de correio eletrônico respectivo (se destinatário e remetente forem usuários de provedores diferentes, ter-se-á, então, quatro locais de armazenamento da mensagem).

Agora, imagine-se a seguinte situação: caso sobrevenha ordem ou notificação determinando a indisponibilização da mensagem, em qual dos três (ou quatro) locais deverá ocorrer a atuação do provedor requerido? Ora, parece óbvio que o provedor deverá atuar apenas na remoção dos dados dentro da sua plataforma. Essa inclusive é a conclusão que se retira a partir da simples leitura dos artigos 19 e 21 do MCI quando dispõem que a atuação ocorrerá “no âmbito e nos limites técnicos” do serviço prestado.

Ademais, sob a ótica do Direito Penal, uma eventual invasão dos provedores de correio eletrônico aos terminais do remetente e/ou do destinatário ou à plataforma de um eventual provedor encontraria tipificação no artigo 154-A, *caput*, do Código Penal, com pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Mas e como ficam as mensagens que já tenham sido descarregadas antes de uma hipotética remoção? A Lei não fornece resposta a essa pergunta, sendo possível cogitar que a mensagem seja novamente inserida no ambiente virtual, no que se revela a urgente necessidade de reconstrução do sistema de remoção constante do MCI – nos moldes atuais, tanto a sujeição quanto a remoção somente da plataforma do provedor são indiferentes em relação ao ofendido.

Assim sendo, os provedores de correio eletrônicos são isentos de responsabilidade civil pelos danos decorrentes das mensagens de terceiros que transitam dentro de suas plataformas. E eventual indisponibilização das mensagens de terceiros depende de legislação específica ou alteração no MCI, tendo em vista que as disposições atuais não são suficientes e adequadas a essa finalidade, sobretudo, quando consideradas as previsões do art. 5º, XII, da Constituição Federal e do art. 154-A, *caput*, do Código Penal, e as características do serviço prestado.

No tocante aos demais provedores, embora o legislador tenha utilizado a expressão “provedores de aplicações de internet”, pelas já razões expostas, esta deve ser interpretada consoante os ensinamentos de Marcel Leonardi, consagrados pelo Superior Tribunal de Justiça: provedores de informação, provedores de conteúdo em sentido estrito e provedores de hospedagem.

Antes de dar continuidade ao presente estudo em relação aos provedores acima, deve-se reiterar que o legislador criou um sistema prevendo a responsabilização pelos danos decorrentes de conteúdo de terceiro apenas quando, devidamente notificados, os provedores não removerem o conteúdo em tempo hábil. Resumindo: dentre outros, é requisito objetivo e indispensável à inclusão nesse sistema que o conteúdo prejudicial advinha de outra pessoa que não o provedor.

A partir dessa explicação, torna-se clara e evidente a imediata não sujeição dos provedores de informação a este sistema. Como bem registrado por Marcel Leonardi (2005, p. 30):

o provedor de informação é toda pessoa natural ou jurídica **responsável pela criação** das informações divulgadas através da Internet, de tal modo que **apenas ele pode ser considerado o efetivo autor e responsável jurídico pelo conteúdo criado, jamais um terceiro.** (grifos nossos)

Assim sendo, eventual responsabilização dos provedores de informação somente terá vez quando motivada por atos desses próprios provedores, sendo que a partir do caso concreto poderá ser utilizado como fundamento jurídico da responsabilização o Código Civil, em casos de relações jurídicas ordinárias, o Código de Defesa do Consumidor, em caso de relações de consumo, ou a recente Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015, que disciplina o direito de resposta e retificação, caso o provedor de informação seja um “veículo de comunicação social” que tenha publicado matéria ofensiva a alguém.

Ainda com base na explicação anterior, verifica-se que são os provedores de conteúdo em sentido estrito os destinatários por excelência do sistema de responsabilização civil instituído pelo legislador.

Como registra Marcel Leonardi (2005, p. 30), a função precípua desses sujeitos é disponibilizar dentro de suas plataformas virtuais o conteúdo alheio, coletando-o diretamente ou permitindo a sua inserção por terceiros, sejam estes provedores de informação ou usuários comuns, de tal modo que nessas duas situações ficam plenamente preenchidos os requisitos constantes dos artigos 19 e 21 da Lei n. 12.965/14.

De modo simples, ainda com base no mesmo raciocínio, verifica-se que os provedores de hospedagem também estão sujeitos ao regramento do MCI. Justifica a presente conclusão o fato de que, ao prestarem a outros provedores ou a usuários comuns os serviços de armazenamento e acesso a dados, tais provedores operam conteúdos que não lhes pertencem, ou seja, de terceiros.

Entretanto, um aspecto contratual importante, desconsiderado pelo legislador, pode tornar essa situação de sujeição e responsabilização praticamente ineficaz.

Como podem prestar serviços a provedores de conteúdo que exerce atividade econômica, não é raro observar que alguns contratos dos provedores de hospedagem são regidos exclusivamente pelos ditames do Direito Empresarial. Por serem contratos empresariais, nos quais se privilegia a autonomia da vontade, é bastante comum que fiquem estipuladas pelos provedores de hospedagem cláusulas de transferência do ônus da responsabilidade pelos danos que eventualmente decorram dos dados armazenados.

Nesses casos, ainda que condenados por não tornarem indisponíveis os dados julgados prejudiciais a outrem, haverá situações em que os provedores de hospedagem não sofrerão qualquer espécie de decréscimo patrimonial, pois estarão assegurados por uma espécie de direito de regresso contratual. Tal situação, se não for corrigida, pode ocasionar descumprimentos deliberados dos pedidos de remoção por parte de alguns provedores de hospedagem.

Ante o exposto, efetuada a **adequação técnica** do sistema de responsabilização civil instituído pelo MCI, ao menos de maneira interpretativa, conclui-se que: a) provedores de backbone e provedores de acesso são isentos de responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo de terceiro e não estão sujeitos ao sistema do MCI, como consta da própria redação do artigo 18 da lei; b) provedores de correio eletrônico são isentos de responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo de terceiro e estão impossibilitados de remover mensagens consideradas prejudiciais a outrem até a edição de lei específica ou a alteração do MCI; e c) provedores de informação não estão sujeitos ao sistema do MCI e não podem ser responsabilizados pelo conteúdo de terceiro, porque atuam com conteúdo próprio.

Por tais razões, apenas os provedores de conteúdo em sentido estrito e os provedores de hospedagem estão sujeitos ao sistema de responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros constante do Marco Civil da Internet.

Acontece que a afirmação acima ainda não está plenamente correta. Para que isso ocorra, ela precisa passar por outro processo de adequação, desta vez jurídico, porque a sua adoção precipitada pode proporcionar situações que violam diretamente diversos institutos jurídicos, notadamente a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, o que não pode ocorrer.

Entretanto, antes de adentrar nos detalhes dessa nova adequação, torna-se imperioso destacar os elementos basilares concernentes à teoria geral da responsabilidade civil e as principais características do sistema de responsabilização civil dos provedores constante do artigo 18 e ss. do MCI. É apenas com a realização dessas tarefas, sobretudo, no tocante à identificação das características, que se entenderá o porquê da necessidade de uma adequação jurídica.

2 A TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA MANIFESTAÇÃO NO MARCO CIVIL DA INTERNET

2.1 O conceito e os elementos (ou pressupostos) da responsabilidade civil

A palavra responsabilidade não possui ligação exclusiva com o mundo jurídico. Além deste, ela também marca presença em outros planos, como bem destaca Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.21):

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. Coloca-se, assim, o responsável na situação de que por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o *status quo ante*.

Por tal razão, verifica-se que a responsabilidade jurídica é apenas uma dentro do rol das responsabilidades. A esse respeito, Carlos Roberto Gonçalves assevera que a responsabilidade pode resultar da violação a normas morais ou jurídicas. “Tudo depende do fato que configura a infração, que pode ser, muitas vezes, proibido pela lei moral ou religiosa ou pelo direito.” (GONÇALVES, 2012, p. 21)

Por sua vez, a responsabilidade jurídica também é subdividida, composta por três subespécies, quais sejam: a responsabilidade civil, a penal e a administrativa. Segundo José de Aguiar Dias (2012, p.43), a distinção entre as duas primeiras reside na forma como tentam proporcionar a restauração da ordem social: enquanto a primeira tem como objetivo principal promover a reparação à vítima a outra tem como objetivo principal promover a punição ao autor.

Em relação à responsabilidade civil, torna-se imperioso registrar que elaborar uma conceituação única é tarefa árdua, porque cada doutrinador constrói a sua própria definição, retirando ou acrescentando elementos conforme as suas convicções. Em virtude disso, apresentar-se-ão tão somente as opiniões de autores de renome nacional.

Inicialmente, o professor Fernando Noronha (2010, p.451) afirma que a

responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar danos, os quais podem ter sido causados à pessoa, ao patrimônio ou a interesses transindividuais.

Em igual sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p.54) asseveram que a responsabilidade civil “deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas”.

Para Sílvia Rodrigues (2003, p. 6), a responsabilidade civil seria a obrigação que alguém possui de reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dele dependam.

Por sua vez, Cristiano Sobral (2014, p.1476) trata o instituto em comento como um dever de indenizar alguma espécie de dano (os injustos) experimentada por alguém, em virtude da violação de um dever geral de cuidado.

Maria Helena Diniz (2006, p.40) leciona que a responsabilidade civil impõe a “aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

Por fim, Sérgio Cavalieri Filho afirma que o termo responsabilidade civil serve para informar o dever jurídico que alguém tem de reparar o prejuízo advindo da violação de um outro dever jurídico. Nas palavras do referido autor (CAVALIERI FILHO, 2012, p.2):

Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.

Como se vê, excetuados os acréscimos individuais efetuados pelos autores, todos são uníssonos em afirmar, ainda que de modo implícito, a existência de um dever geral de cautela, um dever jurídico originário de não causar danos a outrem.

A responsabilidade civil deriva justamente da violação desse direito, consubstanciada na causação de danos morais e/ou materiais injustos, tipificados ou não pela lei penal, que impõem sua reparação integral, essa um dever jurídico sucessivo, pelo agente causador do dano ou por quem é por ele responsável.

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da responsabilidade civil foi

consagrado no artigo 5º, X, da Constituição Federal, e, dentre outros, nos artigos 186 e 927, todos do Código Civil, *in verbis*:

Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Entretanto, para que a responsabilidade civil tenha vez, é necessário que determinadas condições estejam presentes no caso concreto. Tais condições foram denominadas pela doutrina como elementos (ou pressupostos) da responsabilidade civil.

De acordo com Flávio Tartuce, os doutrinadores brasileiros ainda não chegaram a um consenso sobre quais seriam esses elementos, sendo necessário realizar um estudo nas obras de cada um dos pesquisadores para determinar a quantidade e o impacto de cada elemento ou pressuposto no âmbito da disciplina da responsabilidade civil (TARTUCE, 2012, p.433).

Sobre a controvérsia em si, em relação aos principais civilistas brasileiros, sintetizando-a, Flávio Tartuce anota que (2012, p.433-434):

- Maria Helena Diniz aponta a existência de três elementos, a saber: a) a existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade há o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade.

- Sílvio de Salvo Venosa leciona que são quatro os elementos do dever de indenizar: a) ação u omissão voluntária; b) relação de causalidade ou nexo causal; c) dano e d) culpa.

- Carlos Roberto Gonçalves leciona que são quatro os pressupostos da responsabilidade civil: a) ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) relação de causalidade; d) dano.

- Para Sérgio Cavalieri Filho são três os elementos: a) conduta culposa do agente; b) nexo causal; c) dano.

Diante de tamanha divergência, torna-se necessário estabelecer uma exegese que parta dos artigos 186 e 927 do Código Civil, os quais, em conjunto, formam a base infraconstitucional da responsabilidade civil dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Os referidos dispositivos apresentam-se da seguinte forma:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato

ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Dentre outros, o professor Leonardo Vieira Santos realizou tal tarefa. Em obra destinada ao estudo da responsabilidade civil médico-hospitalar, o autor defende que culpa e ato ilícito não são elementos essenciais da responsabilidade civil, nestes termos (SANTOS, 2008, p. 41):

Ora, levando em conta que o parágrafo único do art. 927 do CC/02 prevê expressamente a “obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” e tendo em vista que se entende “pressuposto” como os “fatos e condições” sempre ocorrentes, constata-se que no Brasil, necessariamente, o ato ilícito e a culpa são, apenas, elementos incidentais da responsabilidade civil.

Dessa forma, pode-se perceber que a responsabilidade civil apresenta um núcleo duro, composto por três elementos essenciais, quais sejam: a) conduta humana; b) dano e c) nexo de causalidade. Há ainda um quarto, o nexo de imputação, o qual engloba as noções de culpa ou risco (SANTOS, 2008, p.42). Tais elementos serão a seguir estudados.

A **conduta humana** abrange tanto uma ação quanto uma omissão que ocasionam danos a outra pessoa ou à coletividade. Para os fins do presente estudo, é apenas a atuação do homem que apresenta fundamental importância, tendo em vista que é praticamente impossível que um animal ou uma coisa, esta isoladamente, promovam quaisquer tipos de ações ou omissões dentro do ambiente virtual, sobretudo, se levarmos em consideração os serviços prestados pelos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem, que atuam com um conteúdo produzido pelo ser humano.

A respeito deste elemento, constata-se que na prática a conduta humana é representada por uma ação, sendo a omissão uma exceção. Para ser passível de responsabilização, essa exceção ainda depende da demonstração de que o agente omissor tinha o dever jurídico de agir e não o fez. E que, caso praticada a ação imposta ao agente, o dano teria sido evitado (TARTUCE, 2012, p.435).

Ilustrando a existência do dever jurídico de agir, ou de não se omitir, Carlos Roberto Gonçalves informa que ele pode resultar da lei, como no caso do dever de prestar socorro às

vítimas de acidente de trânsito (art. 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro), de ajuste de vontades, como no caso do dever de guarda, de vigilância ou custódia, originado em contratos, e até mesmo da criação de alguma situação especial de perigo (GONÇALVES, 2012, p.57).

De acordo com Leonardo Vieira Santos (2008, p.41), a conduta tende a ser voluntária, no sentido de que a pessoa poderia agir de modo diverso e não o fez. Em caso de ser impossível exigir uma conduta diversa não existirá a responsabilização civil do agente. Este também pode ser considerado um dos fundamentos para a ausência de responsabilização civil dos provedores de backbone, acesso e correio eletrônico, por que a Constituição Federal impõe a eles uma abstenção (não violar os dados e as correspondências eletrônicas).

O **dano**, segundo Sérgio Cavalieri Filho (2012, p.77) é representado pelo decréscimo ocorrido em relação a um bem jurídico da vítima, qualquer que seja a sua natureza. Diante disso, tem-se que os danos podem ser patrimoniais ou simplesmente morais, sem repercussão na órbita financeira do ofendido (GONÇALVES, 2012, p.52).

Flávio Tartuce (2012, p.450) afirma que na atualidade a tendência é pelo reconhecimento da existência de outros tipos de danos, tendo em vista que novos tipos de prejuízos e prejudicados surgem com o passar do tempo. Nessa esteira, o autor propõe dividi-los em danos clássicos ou tradicionais, que seriam os danos materiais e os danos morais, e em danos novos ou contemporâneos, que seriam os danos estéticos, os danos morais coletivos, os danos sociais e os danos por perda de uma chance.

Os danos materiais são aqueles que atingem o patrimônio de alguém, não sendo hipotéticos ou eventuais. Nos termos do artigo 402 do Código Civil, tais danos podem ser divididos em danos emergentes e lucros cessantes. Os primeiros correspondem àquilo que efetivamente se perdeu, enquanto que os segundos representam aquilo que razoavelmente deixou de ganhar (TARTUCE, 2012, p.451).

Os danos morais, passíveis de reparação desde o Código Civil de 1916 e, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal (Art. 5º, V e X), são aqueles que representam lesões aos direitos da personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade e à privacidade, atingindo, portanto, o ofendido como pessoa, independentemente da verificação conjunta de sentimentos negativos como dor ou sofrimento, conforme consta do Enunciado n. 445, da V Jornada de Direito Civil (TARTUCE, 2012, p.453-454; GONÇALVES, 2012, p. 353; 366-367; CAVALIERI FILHO, 2012, p.88).

Os danos estéticos, segundo Teresa Ancona Lopez, citada por Flávio Tartuce (2012, p. 465), representam lesões à harmonia das formas externas de alguém, as quais causam desgosto e repulsa. Dessa forma, para a sua caracterização basta que a conduta humana tenha como resultado uma transformação estética externa no ofendido, tal como feridas, cicatrizes, cortes na pele, perda de membros etc.

Reiterando a existência individualizada dos danos estéticos, ao contrário de autores como Maria Helena Diniz e Sérgio Cavalieri Filho, que os consideram subespécie de dano moral, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 387, que afirma ser lícita “a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Os danos morais coletivos são aqueles que atingem, concomitantemente, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis. O próprio CDC reconhece a existência e importância dessa espécie quando elenca dentre os direitos do consumidor a efetiva prevenção de danos a esses direitos.

Ao comentar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, Flávio Tartuce (2012, p. 466-467), afirma que, embora não haja consenso entre os ministros, já há alguns precedentes no sentido de se admitir a possibilidade de reparação de danos morais coletivos. Como exemplo, o jurista destaca o julgamento do REsp 866.636/SP, cuja relatoria foi atribuída a ministra Nancy Andrigli, e que envolveu pleito indenizatório ocasionado pela gravidez indesejada de mulheres que compraram pílulas anticoncepcionais ineficientes, pois produzidas de forma irregular. O fato ganhou repercussão nacional, ficando conhecido à época como o “caso das pílulas de farinha”.

Os danos sociais, segundo a lição do professor Antônio Junqueira de Azevedo, igualmente citado por Flávio Tartuce (2012, p. 467-468), são lesões à sociedade, representadas por decréscimos no patrimônio e na qualidade de vida de toda a coletividade, ocasionadas por condutas socialmente reprováveis. Como tais danos podem causar repercussões tanto no âmbito material quanto moral, e por serem difusos, tornam-se distintos da espécie anterior, que somente afeta o aspecto moral.

Por fim, os danos por perda de uma chance, amplamente estudados por Sérgio Savi e Rafael Peteffi da Silva, ocorrem quando há a frustração de uma oportunidade futura, que, razoavelmente, concretizar-se-ia caso as condições normais se mantivessem. Para que danos desta espécie existam, não basta a mera probabilidade (“talvez ocorresse”), tem de estar presente

uma chance real e séria de determinada situação acontecer (“ocorreria”).

Embora Flávio Tartuce (2012, p.471-472) afirme que os danos objetos da perda de uma chance são apenas hipotéticos ou eventuais, deve-se registrar que tal posição não foi compartilhada pelos juristas reunidos na V Jornada de Direito Civil, os quais, reforçando a existência individualizada da espécie em comento, aprovaram o Enunciado n. 444, nestes termos:

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

A reponsabilidade civil surge justamente da necessidade de extinguir esses decréscimos (danos) por meio da reparação, tornando a vítima indene, retornando-a a situação anterior. Ocorre que nem sempre isso é possível, tendo em vista que as consequências da conduta humana podem ser irreparáveis, como no caso da morte de um ente querido ou na perda de uma parte do corpo, por exemplo. Nesses casos, a indenização em dinheiro é a única alternativa concedida pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não seja a ideal.

À primeira vista, poder-se-ia afirmar que, à exceção dos danos estéticos, as condutas perpetradas no ambiente virtual cingir-se-iam a causar danos de ordem material ou moral, contudo, como na área da tecnologia da informação as inovações acontecem quase que diariamente, não é difícil perceber que começam a surgir, decorrentes de atos virtualizados, casos de danos sociais, morais coletivos e pela perda de uma chance.

O **nexo de causalidade** é, sucintamente, o elemento de ligação entre a conduta humana e uma ou mais das espécies de dano acima, por meio do qual será possível determinar quem foi o causador do dano (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 49). Nesse sentido, assim leciona Maria Helena Diniz (2006, p. 108):

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.

Entretanto, ainda que seja de fácil conceituação, o nexo causal apresenta desdobramentos que acabam criando desafios à definição acerca da possibilidade de responsabilizar civilmente determinado agente por uma conduta a ele atribuída. O principal desses desdobramentos reside na multiplicidade de causas envolvendo o mesmo evento danoso (concausas).

Os estudos realizados em torno desse tema deram origem a três teorias, que objetivam explicar qual pode ser considerada a causa do prejuízo e, conseqüentemente, quem deve por ele ser responsabilizado. São estas as teorias da causalidade: a) teoria da equivalência das condições; b) teoria da causalidade adequada e c) teoria do dano direto e imediato.

De acordo com o professor Flávio Tartuce (2012, p. 445-446), efetuadas as alterações relativas à nomenclatura, tais teorias podem ser assim resumidas, respectivamente:

- a) *Teoria da equivalência das condições ou do histórico dos antecedentes (sine qua non)* – enuncia que todos os fatos relativos ao evento danoso geram responsabilidade civil. Segundo Tepedino, “considera-se, assim, que o dano não teria ocorrido se não fosse a presença de cada uma das condições que, na hipótese concreta, foram identificadas precedentemente ao resultado danoso. Essa teoria, não adotada no sistema nacional, tem o grande inconveniente de ampliar em muito o nexo de causalidade.
- b) *Teoria da causalidade adequada* – teoria desenvolvida por Von Kries, pela qual se deve identificar, na presença de uma possível causa, aquela que, de forma potencial, gerou o evento dano. Por esta teoria, somente o fato relevante ao evento danoso gera a responsabilidade civil, devendo a indenização ser adequada aos fatos que a envolvem, mormente nas hipóteses de concorrência de causas
[...]
- c) *Teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal* – havendo violação do direito por parte do credor ou do terceiro, haverá interrupção do nexo causal com a conseqüente irresponsabilidade do suposto agente. Desse modo, somente devem ser reparados os danos que decorrerem como efeitos necessários da conduta do agente.

Por não fazer distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende para existir) e condição (aquilo de que algo depende para produzir seus efeitos), proporcionando soluções injustas (regressão infinita do nexo causal), a primeira das teorias citadas foi rechaçada no que se refere à responsabilização civil. Sua aplicação, contudo, foi consagrada no âmbito do Direito Penal (art. 13 do Código Penal) (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 50-51).

Ainda que haja divergência jurisprudencial e doutrinária, verifica-se que o Código Civil apresenta dispositivos que consagram as duas últimas teorias. A teoria do dano direto e imediato, que já constava do Código Civil de 1916 (art. 1.060), foi reproduzida no art. 403 do atual Código Civil (TARTUCE, 2012, p. 447), que assim dispõe:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela **direto e imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual. (grifos nossos)

Por sua vez, a teoria da causalidade adequada foi introduzida no ordenamento jurídico pelos artigos 944 e 945, que, quando tratam da fixação da indenização por equidade, permitem um sopesamento entre as “contribuições” de agente e vítima para a causação do dano (TARTUCE, 2012, p. 446).

O **nexo de imputação**, quarto elemento ou pressuposto da responsabilidade civil, ganhou fundamental importância com o advento da responsabilidade civil objetiva, que, afastando-se da culpa, pautou-se na teoria do risco.

O elemento em questão exige para o surgimento do dever de indenizar que à conduta humana causadora do dano seja acrescido um fator de atribuição (o nexo de imputação) que pode ser ou a culpa ou o risco, ou, ainda, uma mera previsão legal. Sem a presença desses fatores, inexistirá o dever de reparação pelo agente.

Ainda que aparentemente semelhantes, os nexos de causalidade e imputação são elementos distintos da responsabilidade civil. Enquanto o primeiro é afeto a elementos objetivos, ligando a ação ou omissão do agente ao dano experimentado pelo ofendido, o segundo é afeto a elementos subjetivos, que podem ser a culpa ou o risco, ligando-os ao dever de indenizar.

Apresentados o conceito e os elementos (ou pressupostos) da responsabilidade civil, passa-se à análise das espécies desta, destacando-se que culpa e risco serão detalhados quando do estudo da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, respectivamente.

2.2 As espécies de responsabilidade civil

Conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho (2012, p.15), é elemento nuclear da responsabilidade uma conduta violadora de um dever jurídico. É com base na origem desse dever e nos atributos dessa conduta que se torna possível diferenciar as espécies de responsabilidade civil.

A partir desses elementos, a doutrina especializada costuma dividir a responsabilidade civil nas seguintes espécies: a) responsabilidade contratual e extracontratual; b) responsabilidade subjetiva e objetiva; c) responsabilidade direta e indireta. Tais espécies são a seguir detalhadas.

2.2.1 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

Em relação à origem do dever jurídico violado pelo agente, a responsabilidade civil pode ser classificada em duas espécies: contratual ou extracontratual.

Como bem observa Rui Stoco (2007, p.140):

A responsabilidade, enquanto obrigação de compor danos, pode decorrer não só do ilícito absoluto, enquanto ofensa a dever legal preexistente, mas também do acordo prévio de vontades, que estabeleça um vínculo obrigacional.

Os contratantes, desde que observadas as disposições legais pertinentes e presente a manifestação da vontade livre de cada um deles, podem firmar negócio jurídico estipulando obrigações que caso violadas darão ensejo à responsabilização civil contratual. A referida violação pode ser consubstanciada num descumprimento (inadimplemento) ou num cumprimento irregular (mora, por exemplo), e é considerada um ilícito contratual. Sobre a responsabilidade civil contratual, Sérgio Cavalieri Filho (2012, p.17) aduz que:

Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade).

Por sua vez, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 44) assevera que a responsabilidade civil contratual não precisa advir única e exclusivamente de um negócio jurídico bilateral, pois ele também pode se originar do descumprimento de um negócio unilateral, como um testamento, uma procuração ou uma promessa de recompensa.

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil contratual encontra respaldo nos artigos 389 e 395 do Código Civil, que assim dispõem:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Por sua vez, a responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, tem fundamento apenas na violação ao dever legal de não causar danos a outrem, porque não há a necessidade de existência de uma prévia relação jurídica entre agente causador do dano e ofendido (CAVALIERI FILHO, 2012, p.17).

Sobre a espécie de responsabilidade civil em análise, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 44) afirma que ela compreende a violação a cláusulas gerais de abstenção ou omissão, correspondentes a direitos reais, da personalidade ou de autor, dentre outros.

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil extracontratual encontra respaldo nos artigos 186 e 927 do Código Civil, que assim dispõem:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Desta forma, ao violar um dever jurídico contratual (obrigação), surge para o agente a responsabilidade civil contratual, ao passo que a violação a um dever jurídico estipulado em lei (dever jurídico de cautela) faz surgir a responsabilidade civil extracontratual.

Além da origem, Carlos Roberto Gonçalves apresenta algumas distinções entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual. A primeira delas é relacionada ao ônus da prova (GONÇALVES, 2012, p. 45):

Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Incumbe-lhe, pois, o *onus probandi*.

No entanto, se a responsabilidade for extracontratual, a do art. 186 (um atropelamento, por exemplo), o autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente (motorista). A vítima tem maiores probabilidades de obter a condenação do agente ao pagamento da indenização quando a sua responsabilidade deriva do descumprimento do contrato, ou seja, quando a responsabilidade é contratual, porque não precisa provar a culpa. Basta provar que o contrato não foi cumprido e, em consequência, houve o dano.

A outra das distinções reside na capacidade do agente causador do dano. Enquanto na responsabilidade civil extracontratual qualquer pessoa pode ser a causadora do prejuízo experimentado por outra, o mesmo não ocorre na responsabilidade civil contratual, pois, para que possa ser válido e produzir efeitos (inclusive no caso de violação), o contrato precisa ser firmado somente por pessoas que reúnam todas as condições exigidas em lei ao tempo da celebração (GONÇALVES, 2012, p. 46).

Em que pese consagradas no âmbito do Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor superou a presente dicotomia no que tange à responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e serviços. No artigo 17 do CDC, que equipara aos consumidores todas as vítimas de um acidente de consumo, o legislador submeteu a responsabilidade dos fornecedores por fato do produto ou serviço a um tratamento único, independentemente da existência de um contrato (CAVALIERI FILHO, 2012, p.17).

Finda a revisão atinente às duas primeiras espécies da responsabilidade civil, passa-se ao estudo da responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

Ambas as espécies apresentam fundamental importância para o presente estudo, uma vez que se almeja, dentre outros, a responsabilização civil objetiva de algumas espécies dos provedores de serviços de internet.

2.2.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 17), a ideia de responsabilidade sempre foi ligada a noção de culpa. Tradicionalmente, esse foi o posicionamento adotado por diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, desde o Código Civil de 1916 (art. 159). Com base nessa espécie de responsabilidade civil, o ofendido somente teria direito à reparação se conseguisse provar a culpa do agente causador do dano.

A culpa aqui mencionada é a culpa sem sentido amplo, que abrange tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito. Ainda que as consequências práticas sejam as mesmas, a diferenciação entre dolo e culpa em sentido estrito, torna-se de fundamental importância, pois apenas esta permite a redução equitativa da indenização, prevista nos artigos 944 e 945 do Código Civil (TARTUCE, 2012, p.438).

Segundo Flávio Tartuce (2012, p.437), o dolo é representado por uma violação intencional de determinado dever jurídico, que pode ocorrer por meio de uma ação ou de uma omissão. O dolo no âmbito do Direito Civil dispensa as construções advindas do Direito Penal (dolo eventual, dolo não eventual ou preterdolo), porque em todos esses casos o ofensor deve arcar com todos os prejuízos, conforme a regra do artigo 944, *caput*, do Código Civil.

Por sua vez, a culpa é representada pela violação não intencional a um dever jurídico. Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 37-38), conceitua a culpa desta forma:

Por tudo que foi dito, pode-se conceituar a culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.

A partir desse conceito, o mencionado autor afirma que a culpa apresenta os seguintes elementos: a) conduta voluntária com resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade de

ocorrência do dano; c) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 37-38).

Em virtude deste último elemento, Flávio Tartuce (2012, p. 438) afirma que a culpa civil guarda bastante semelhança com a culpa penal, possuindo, inclusive, os mesmos modelos jurídicos previstos no artigo 18 do Código Penal, quais sejam: a) imprudência, consubstanciada na falta de cuidado ao se praticar alguma ação; b) negligência, representada pela falta de cuidado ao se omitir uma conduta; c) imperícia, caracterizada quando o dano decorre da falta de qualificação ou treinamento do agente para realizar determinada função.

Ainda em relação à culpa em sentido estrito, Flávio Tartuce (2012, p.439-444) assevera que é possível dividi-la a partir de determinados critérios. O primeiro deles é relativo à origem, resultando na culpa contratual e extracontratual, para as quais podem ser repetidas as lições constantes do tópico anterior. O segundo dos critérios é relativo à atuação do agente causador do dano, resultando na culpa *in comittendo* (ação, imprudência ou imperícia) e na culpa *in omittendo* (omissão, negligência). O terceiro critério é relacionado à análise da culpa pelo operador do direito, resultando na culpa em concreto (a análise parte apenas das características do caso concreto) e na culpa em abstrato (a análise parte daquilo que se esperaria do homem médio em situação semelhantes). O quarto critério é relacionado à presunção da culpa, resultando nas modalidades *in vigilando* (culpa decorrente da quebra do dever de vigilância), *in elegendo* (culpa decorrente da escolha ou eleição feita pela pessoa a ser responsabilizada) e *in custodiendo* (culpa decorrente da falha na custódia de coisa ou animal). Por fim, há ainda um quinto critério, o grau da culpa, do qual resultam a culpa grave (imprudência, imperícia ou negligência crassas), que, segundo o autor, se equipara ao dolo, a culpa leve (conduta praticada sem a devida atenção) e a culpa levíssima, que de tão ínfima, só seria afastável através de cautelas extraordinárias ou de especial habilidade, mas que ainda assim exige a devida reparação.

Com base na responsabilidade civil subjetiva, o ofendido somente terá direito à reparação se conseguir provar que o agente causador do dano esteve incurso na culpa em sentido amplo, em qualquer uma de suas modalidades.

Ocorre que em determinadas situações a produção dessa prova tornou-se cada vez mais difícil, ou até mesmo impossível. De acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 18), tal situação ocorreu em virtude do desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento de

inúmeros avanços tecnológicos e da massificação das relações sociais, podendo a internet ser incluída dentre esses fatores.

Desta forma, surgiu uma nova espécie de responsabilidade civil, a responsabilidade civil objetiva, sem culpa, baseada na Teoria do Risco, e que acabou sendo adotada pelo legislador brasileiro, inicialmente no Código de Defesa do Consumidor e posteriormente no Código Civil, à altura do parágrafo único do artigo 927.

Rui Stoco, ao comentar o processo de transição entre a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva, aduz que (STOCO, 2007, p. 157):

A necessidade de maior proteção da vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável.

De acordo com a Teoria do Risco, o dever de indenizar surge independentemente da verificação acerca da existência de dolo ou culpa por parte do agente causador do dano. Segundo José Cretella Júnior, citado por Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 152-153), o risco difere da culpa, pois enquanto esta é ligada ao homem, aquele deste se afasta, ligando-se aos serviços e às coisas.

Em virtude disso, Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 153-155) estabelece as seguintes modalidades do risco: a) *risco proveito*, que enseja a responsabilização daquele que tira proveito não econômico de uma atividade potencialmente danosa; b) *risco profissional*, que enseja a responsabilização daquele que tira proveito econômico de atividade ou profissão; c) *risco excepcional*, que enseja a responsabilização dos exercentes de atividades que apresentam riscos excepcionais à coletividade, como a exploração de energia nuclear, materiais radioativos e redes elétricas de alta tensão; d) *risco criado*, que enseja a responsabilização civil sempre que determinada ação causar riscos a outrem – esta modalidade se diferencia do risco-proveito e do risco profissional porque não exige a configuração de alguma espécie de proveito para que haja o dever de indenizar; e) *risco integral*, máximo, que, afastando a incidência das excludentes do dever de indenizar, enseja a responsabilização civil do agente que o causou – por ser a mais extremada, esta modalidade somente é admitida pelo ordenamento jurídico nacional nas hipóteses de danos ambientais e nucleares, além dos casos de pagamento do seguro obrigatório, o DPVAT.

2.2.3 Responsabilidade civil direta e indireta

De acordo com as lições de Maria Helena Diniz (2006, p.146), em relação à imputação do dever de indenizar, a responsabilidade civil pode ser direta ou indireta.

A responsabilidade civil será direta quando imposta ao próprio agente causador do dano. Por sua vez, a responsabilidade civil será indireta quando imposta a pessoa que não foi a causadora do dano.

Esta espécie ocorre quando o dever de indenizar emana de ato praticado por terceiro com o qual o agente responsável pela reparação mantém/mantinha alguma espécie de vínculo legal de responsabilidade. Também pode emanar de fato de coisa ou animal.

Por ter origem em ato que sequer é praticado pelo agente da reparação, a responsabilidade civil indireta também pode ser considerada como uma espécie de responsabilidade civil objetiva.

No âmbito Código Civil, hipóteses de responsabilização civil indireta constam dos artigos 932 (ato de terceiro), 936 (fato do animal), 937 e 938 (fatos da coisa).

2.3 As características do sistema de responsabilização civil dos provedores de serviços de internet constante da Lei nº 12.965/14

Foge ao escopo desta monografia tecer um estudo completo sobre o sistema de responsabilização civil dos provedores de serviços de internet, constante da Lei nº 12.965/14. O presente estudo é pragmático: demonstradas as principais características deste sistema, são expostos os motivos pelos quais elas não podem ser aplicadas a determinadas relações jurídicas e propostas adequações (técnicas e jurídicas) juntamente das soluções consideradas possíveis de serem concretizadas.

Os ajustes constam de tópicos presentes no primeiro e terceiro capítulo, de tal modo que ao presente resta indicar quais são as características do sistema de responsabilização civil dos provedores de serviços de internet do MCI, tarefa a seguir realizada.

Inicialmente, registra-se que o artigo 18 do MCI assim dispõe:

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Como se afirmou no capítulo anterior, com base nas lições de Marcel Leonardi (2005), atuando na provisão de conexão há duas espécies de provedores de internet, que prestam dois tipos de serviços distintos, são eles os provedores de backbone e os provedores de acesso. Enquanto os primeiros operam a estrutura física da rede mundial de computadores (cabos interligados), os segundos operam o fornecimento de acesso a essa rede a outros provedores e aos usuários comuns.

Desta forma, quando o artigo acima dispõe que o provedor de conexão não será responsabilizado pelo dano decorrente de um conteúdo alheio, pode-se inferir e afirmar que tal enunciado beneficia tanto os provedores de backbone quanto os provedores de acesso, conforme exposição constante do último tópico do primeiro capítulo.

Como justificativa à opção feita pelo legislador, pode-se indicar o princípio constante do sétimo item da, já citada, Resolução n. 2009/003/P, do Comitê Gestor da Internet – CGI.br, a qual foi um dos marcos iniciais no processo de criação do MCI. Esta é a disposição do referido item:

7. Inimputabilidade da rede.

O combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos.

Apresentados os devidos comentários em relação ao artigo 18 do MCI, passa-se ao estudo dos demais, que acabam tendo sua incidência restrita aos provedores de conteúdo em sentido estrito e aos provedores de hospedagem, conforme as razões indicadas no capítulo anterior (adequação técnica).

O artigo 19 do MCI, diferentemente de tantos outros dispositivos legais, traz junto de si uma breve redação inicial tendente a justificá-lo. Assim dispõe o referido artigo:

Art. 19. **Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura**, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (grifos nossos)

A justificativa do legislador é semelhante àquela apresentada pela Presidente da República quando do envio do PL nº 2.126/2011 à Câmara dos Deputados. No documento inicial,

assinado pelo Ministro da Justiça, afirmava-se que o projeto de lei privilegiava a responsabilização civil subjetiva dos provedores, como forma de manutenção das liberdades de expressão e de produção de conteúdo na internet.

Acontece que outra parte igualmente importante da justificativa não foi adotada pelo legislador. Trata-se do “uso legítimo da rede”, como destaca o documento:

A norma mira os usos legítimos, protegendo a privacidade dos usuários e a liberdade de expressão, adotando como pressuposto o princípio da presunção de inocência, tratando os abusos como eventos excepcionais.

Ao instituir um sistema de afastamento do dever de indenizar, deixando de consignar que sua incidência é restrita às hipóteses de uso legítimo da rede, o legislador acabou estendendo-o a todas as situações, inclusive àquelas em que é impossível se cogitar qualquer tipo de uso legítimo. A esse respeito, veja-se que sites como o Youtube, ainda que utilizados, eventualmente, por terroristas para a divulgação seus atos ilícitos, não poderiam ser responsabilizados pela divulgação desse material, apenas se descumprissem a ordem judicial de indisponibilização.

Em relação ao artigo em comento, sucintamente, pode-se afirmar que caso algum conteúdo prejudicial a alguém seja enviado ao ambiente virtual, o provedor de conteúdo em sentido estrito ou de hospedagem apenas será responsabilizado se descumprir a ordem judicial que determina a sua retirada dentro de determinado período de tempo.

A partir daí infere-se que a responsabilidade civil dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem é, em regra, **judicializada**, porque o seu termo inicial não é representado pela ocorrência do dano, mas sim pelo descumprimento de uma ordem judicial. Pode-se igualmente depreender que a responsabilização civil dos provedores acima é **eventual**, pois apenas na hipótese de descumprirem a ordem judicial é que o ofendido poderá exigir deles a reparação correspondente.

Dentro do sistema do MCI, a judicialização encontra apenas uma exceção. Trata-se do artigo 21 da Lei em comento, segundo o qual basta uma notificação extrajudicial (pedido) ao provedor respectivo para que este promova a remoção de material contendo cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado enviados de forma não consentida ao ambiente virtual. Esta é a redação do referido artigo:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros

materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Antes do advento da Lei nº 12.965/14, tal prática, conhecida internacionalmente como “notice and takedown” (BERTONCINI, 2013, p.51), já era consagrada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que tendia a responsabilizar os provedores somente quando, previamente notificados pelo ofendido ou por quem o representasse, não removiam em tempo hábil o conteúdo considerado danoso. Nesse sentido, vejam-se algumas decisões bastante semelhantes da Corte da Cidadania:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CORREIO ELETRÔNICO (E-MAIL). FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DAS MENSAGENS ENVIADAS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM OFENSIVA. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. **CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. BLOQUEIO DA CONTA. DEVER. IDENTIFICAÇÃO DO USUÁRIO.** INDICAÇÃO DO PROVEDOR DE ACESSO UTILIZADO. SUFICIÊNCIA. (...) 6. **Ao ser comunicado de que determinada mensagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor de correio eletrônico agir de forma enérgica, suspendendo a respectiva conta de e-mail, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.** (...) (STJ, 3ª Turma, REsp 1.300.161/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 26/06/2012).

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. BLOGS. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. **CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER.** DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA. (...) 5. **Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.** (...) (STJ, 3ª Turma, REsp 1.192.208/MG, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 02/08/2012).

Além das características acima, o sistema de responsabilização civil dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem é ainda **subjetivo**, porque a vítima precisa comprovar no pleito indenizatório um descumprimento aliado a fatores que permitam inferir a culpa em sentido amplo na manutenção do conteúdo prejudicial no âmbito virtual.

Justifica-se a presente afirmação pelo simples fato de que aos provedores basta alegar que tomaram as providências possíveis para “no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e

dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infrigente”, enquanto que ao ofendido compete provar que tais providências foram insuficientes, por culpa ou dolo, para que só então surja o dever de indenizar. Ademais, não custa lembrar que a responsabilização civil subjetiva já constava da própria justificativa inicial do Projeto de Lei nº 2.126/2011, conforme exposto anteriormente.

Em relação a ordem ou pedido de retirada, assim dispõe a Lei:

Art. 19. § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infrigente, que permita a localização inequívoca do material.

[...]

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

[...]

Art. 21. Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Assim sendo, tanto a ordem judicial quanto o pedido extrajudicial devem conter elementos precisos de identificação e localização para que possam ser válidos e, principalmente, para que possam ensejar a responsabilização civil dos provedores em caso de descumprimento. Ainda em relação à ordem judicial, o legislador deixou consignado que ela pode ser proferida em sede de antecipação dos efeitos da tutela pretendida, inclusive quando o processo do qual emanar tramitar no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Ao tornar indisponível determinado conteúdo, o provedor deve comunicar ao usuário por ele responsável os motivos que ensejaram essa medida. Quando a indisponibilização for motivada por ordem judicial, basta a apresentação desta ao usuário. Quando a indisponibilização for motivada por pedido extrajudicial, deve o provedor indicar ao usuário responsável pelo conteúdo todos os elementos necessários ao exercício do contraditório e da ampla defesa em juízo. Logo, uma remoção extrajudicial só poderá ser derrubada por ordem judicial, ainda que o MCI não afirme tal situação de modo expresso.

Por fim, cabe registrar que a responsabilidade civil subjetiva dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem é **subsidiária**, conforme se infere a partir das disposições do MCI.

Em casos de divulgação de conteúdo envolvendo atos de nudez ou sexo de caráter privado, sem o consentimento do ofendido, o provedor será responsabilizado *subsidiariamente* caso descumpra o pedido de remoção apresentado por meio de notificação extrajudicial.

Verifica-se que nesse ponto o legislador considerou como mais gravosa a divulgação de conteúdos dessa natureza, tanto que possibilitou a apresentação de pedido de remoção por outra via que não a judicial. Entretanto, aparentemente desconsiderou tal situação e consignou que os provedores responderiam subsidiariamente, ou seja, apenas nas hipóteses que o agente causador do dano não tiver condições de cumprir o seu dever de indenizar, como nos casos de hipossuficiência econômica ou dificuldade de localização.

O mesmo pode ser dito em relação aos conteúdos de outra natureza. Um simples raciocínio lógico esclarece isso: se nos casos de nudez e sexo, considerados mais graves pelo legislador, a responsabilidade é apenas subsidiária, nas demais situações, por não terem sido classificadas como graves, a responsabilidade subsidiária tende a se manter, porque a opção pela responsabilidade solidária causaria certo desequilíbrio entre as disposições do MCI.

Ante o exposto, verifica-se que o sistema de responsabilização civil dos provedores de conteúdo em sentido estrito e dos provedores de hospedagem, constante da Lei nº 12.965/14, é: subjetivo, pois a existência do dever de indenizar depende da prova de culpa na manutenção do conteúdo prejudicial no ambiente virtual; eventual, porque as punições apenas ocorrem na eventualidade de descumprimento de ordem ou notificação de retirada; subsidiário, pelas razões imediatamente anteriores; e judicializado, pois a responsabilização civil depende do descumprimento de uma ordem advinda do Poder Judiciário, exceto nos casos de conteúdos atinentes à intimidade sexual.

Respeitadas as legítimas opções feitas pelo legislador, verifica-se que o sistema acima precisa de algumas adequações jurídicas, porque as características que ele introduz não são passíveis de aplicação a determinadas situações.

Entretanto, antes de realizar tal tarefa, torna-se imperioso destacar alguns casos em que o ordenamento jurídico nacional apresenta disposições que tendem a afastar, ao menos em parte, o sistema de responsabilização e remoção de conteúdo constante do MCI.

2.4 Exceções às regras da Lei nº 12.965/14 relativas à responsabilização dos provedores e à remoção de conteúdo

Além da exclusão técnica, apresentada no primeiro capítulo, verifica-se que o ordenamento jurídico nacional elenca ao menos três situações em que o regramento do MCI, relativo à responsabilização dos provedores e à remoção de conteúdo de terceiro, deixa de ser aplicado, ainda que de forma parcial. Trata-se dos casos envolvendo violação a direitos autorais, divulgação de pornografia infantil ou práticas de propaganda eleitoral irregular.

Quanto ao primeiro dos casos, relativo à violação de direitos autorais, o legislador optou por deixar consignado no próprio texto do MCI que o sistema de responsabilização e remoção por ele instituído teria sua incidência “suspensa”. Veja-se a redação dos dispositivos atinentes à exposição supra:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

[...]

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

Conforme o texto da Lei, a utilização dos dispositivos do marco regulatório em comento, para casos envolvendo violações a direito de autor, depende de previsão legal específica, ainda que o legislador tenha deixado subentendido a sua intenção de que as medidas a serem adotadas sejam idênticas as do MCI.

Neste ponto reside outro problema da Lei nº 12.965/14 decorrente da insuficiência dos debates realizados: a previsão específica mencionada pelo legislador inexistente na atual redação da Lei de Direitos Autorais (LDA - Lei nº 9.610/98).

Embora o artigo 105 da LDA atribua ao Judiciário o poder de determinar a remoção de conteúdo, não há detalhamento sobre como tal medida deve ocorrer, sobretudo, dentro do ambiente virtual, e como se dá a responsabilização dos provedores de internet, ficando usuários, provedores e até mesmo os detentores dos direitos de autor, ao menos até que ocorra a atuação do Legislativo, num ambiente de completa insegurança jurídica, o que é inaceitável.

Em relação à pornografia infantil, a retirada de conteúdo encontra tratamento no artigo 241-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que integra a parte da Lei referente a crimes e infrações administrativas. Assim se apresenta o referido dispositivo:

Art. 241-A Oferecer, trocar, **disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático**, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo;

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo.

§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo. (grifos nossos)

Assim sendo, afastadas as disposições do MCI, mas mantido o espírito de adequação técnica, o provedor de conteúdo em sentido estrito ou de hospedagem somente poderá ser responsabilizado se descumprir a ordem judicial de remoção do conteúdo ilícito. E como a responsabilidade nesses casos é penal, juntamente do responsável pela inserção do conteúdo pornográfico no ambiente virtual, deve-se punir o(s) indivíduo(s) responsável(is) pelo descumprimento da ordem de indisponibilização do material, dada a inoponibilidade das sanções penais previstas aos provedores constituídos na forma de pessoas jurídicas.

Por derradeiro, têm-se os casos envolvendo propaganda eleitoral irregular. A partir do artigo 57-A e ss. da Lei nº 9.504/97, introduzidos pela reforma eleitoral ocorrida em 2009, encontra-se um microssistema com previsões criadas com o intuito de equilibrar as disputas políticas dentro do ambiente virtual.

O art. 57-F da Lei nº 9.504/97 apresenta um tratamento semelhante àquele constante do MCI ao determinar que a responsabilidade dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem apenas se inicia com o descumprimento de uma ordem judicial de remoção. Assim se apresenta o referido dispositivo:

Art. 57-F. Aplicam-se ao provedor de conteúdo e de serviços multimídia que **hospeda a divulgação** da propaganda eleitoral de candidato, de partido ou de coligação as penalidades previstas nesta Lei, **se, no prazo determinado pela Justiça Eleitoral, contado a partir da notificação de decisão sobre a existência de propaganda irregular, não tomar providências para a cessação dessa divulgação.** (grifos nossos)

A principal diferença fica por conta de uma punição específica, apresentada pelo art. 57-I, da Lei, nestes termos:

Art. 57-I. A requerimento de candidato, partido ou coligação, observado o rito previsto no art. 96, a Justiça Eleitoral poderá determinar a suspensão, por vinte e quatro horas, do acesso a todo conteúdo informativo dos sítios da internet que deixarem de cumprir as disposições desta Lei.

§ 1º A cada reiteração de conduta, será duplicado o período de suspensão.

§ 2º No período de suspensão a que se refere este artigo, a empresa informará, a todos os usuários que tentarem acessar seus serviços, que se encontra temporariamente inoperante por desobediência à legislação eleitoral.

Tal sanção se apresenta mais gravosa que aquela constante do MCI. No marco regulatório, para fins de reparação do dano experimentado pelo ofendido, os provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem são apenas equiparados aos autores e aos responsáveis pela inserção do conteúdo irregular no ambiente virtual.

Por sua vez, quando se trata de propaganda eleitoral irregular, além das demais sanções previstas na Lei nº 9.504/97, os provedores também podem ser penalizados com a suspensão temporária do acesso aos seus sítios na internet. Essa medida se justifica pelo fato de que os serviços prestados por esses sujeitos, caso o sejam de forma irregular, tendem a comprometer a higidez e o equilíbrio das disputas eleitorais, sobretudo, no caso de condutas ilícitas praticadas dolosamente e de modo reiterado.

3 A ADEQUADA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET

3.1 Os elementos característicos das relações de consumo

O Código de Defesa do Consumidor não apresenta o conceito de relação de consumo, sendo tal atividade exercida com maestria pela doutrina especializada.

Segundo os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho (2011, p.59), resumidamente, seriam relações consumeristas aquelas de origem contratual ou extracontratual, nas quais se encontram em polos distintos o fornecedor de produtos e serviços e o consumidor em sentido amplo; tendo como núcleo – e elo – o fornecimento de produtos e/ou a prestação de serviços.

No mesmo sentido, Rizzatto Nunes (2011, p.116) leciona que “haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços”.

Por sua vez, para Flávio Tartuce e Daniel Assumpção Neves (2014, p. 65-66) em relação ao conteúdo, não haveria grande distinção entre as relações consumeristas e as demais relações jurídicas. *Mutatis mutandis*, todas apresentariam as mesmas características, quais sejam: a) a existência de pelo menos dois sujeitos jurídicos, um ativo e um passivo; b) a existência do poder do sujeito ativo sobre o objeto imediato, que é a prestação, e sobre o objeto mediato da relação, que é o bem jurídico tutelado (coisa, tarefa ou abstenção); e c) a existência de um fato ou acontecimento inicial, capaz de gerar consequências para o plano jurídico, criando, modificando ou extinguindo direitos relativos ao vínculo entre o sujeito ativo e o passivo.

A partir dessas definições, torna-se possível elencar os dois elementos nucleares que caracterizam as relações de consumo, quais sejam: a) elemento subjetivo (o fornecedor de produtos ou serviços e o consumidor); e b) elemento objetivo (o fornecimento de um produto ou a prestação de um serviço).

Há ainda um terceiro elemento, o teleológico. Ele consiste, basicamente, na finalidade com que o consumidor adquire do fornecedor o produto ou o serviço. Desta forma, além dos elementos subjetivo e objetivo, também deve estar presente o elemento teleológico, funcionando como um elo entre fornecedor e consumidor, sob pena de inexistir relação jurídica a ser tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A existência desse terceiro elemento causa divergência na doutrina e na jurisprudência, não sendo objeto de consenso até os dias atuais. As discordâncias sobre a incidência e o real sentido do elemento teleológico – a respeito de qual seria significado da expressão “destinatário final”, a que faz referência a Lei - levaram ao surgimento de, ao menos, três teorias distintas: a finalista, a maximalista e a mista.

Para a teoria finalista, na qual há forte observância ao elemento teleológico, considera-se consumidor todo aquele que adquirir produto ou serviço com a finalidade de satisfazer uma necessidade própria ou de outrem, desde que seja ao mesmo tempo o destinatário final fático e econômico. Não se admite a utilização do produto ou do serviço para o exercício ou incremento de outra atividade comercial ou profissional.

Essa é a tese adotada por Nelson Nery Júnior. Segundo o referido autor (NERY JÚNIOR, 1997, p.383), se:

[...] a aquisição for apenas meio para que o adquirente possa exercer outra atividade, não terá adquirido como destinatário final e, conseqüentemente, não terá havido relação de consumo. A chave para a identificação de uma relação jurídica como sendo de consumo é, portanto, o elemento teleológico: destinação final, ao consumidor, do produto ou serviço.

De acordo com Cláudia Lima Marques (2008, p. 69-70), no âmbito da teoria maximalista, o elemento teleológico possui sua incidência de certa forma mitigada. O foco transporta-se do destinatário final econômico ao destinatário final fático, de tal modo que o aspecto da finalidade de aquisição resta enfraquecido. Consumidor seria toda e qualquer pessoa que retirasse o produto ou o serviço do mercado de consumo, ainda que com fins exclusivamente comerciais ou profissionais.

Por derradeiro, a teoria mista, também conhecida como finalista temperada ou finalista aprofundada, como o próprio nome informa, acaba mesclando elementos das duas teorias anteriores. Assim como na teoria finalista, o destinatário final seria exclusivamente o adquirente do produto ou serviço que pretendesse utilizá-los em fins não econômicos. Entretanto, em casos excepcionais, admitir-se-ia a extensão da tutela consumerista àqueles adquirentes que pretendessem dar uma finalidade econômica ao produto ou serviço por eles adquiridos, desde que restasse comprovada a vulnerabilidade desses adquirentes perante os respectivos fornecedores (MARQUES, 2008, p.71).

Para Cláudia Lima Marques (2008, p.71-73), a vulnerabilidade resta caracterizada quando se está diante de “situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos”. Ainda conforme a referida autora, a vulnerabilidade dos consumidores pode ser compreendida sob o aspecto informacional, técnico, jurídico ou científico e socioeconômico.

Conforme a última teoria, o elemento teleológico abriria espaço para o aspecto da vulnerabilidade do adquirente, pretendo consumidor, tornando-se esse, então, o marco central para a definição da aplicabilidade ou não das regras especiais do CDC, que, a partir desse momento, nas palavras de Leonardo de Medeiros Garcia (2010, p.19-20), serviria para “intervir nas relações de consumo para a proteção do sujeito vulnerável, desigual na relação com o fornecedor, de modo a manter o equilíbrio e a igualdade nas contratações”.

Ainda segundo o referido autor, ao comentar o voto da Ministra Nancy Andriighi no REsp n. 476428-SC, “recentemente, o STJ superou a discussão acerca do alcance da expressão ‘destinatário final’ constante do art. 2º do CDC, consolidando a teoria finalista como aquela que indica a melhor diretriz para a interpretação do conceito de consumidor, admitindo, entretanto, certo abrandamento dessa teoria quando se verificar uma vulnerabilidade no caso concreto, nos moldes do pensamento de Cláudia Lima Marques” (GARCIA, 2010, p.22). Esse posicionamento é correto, pois é que mais se coaduna com os ditames impostos pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Finda a análise acerca do terceiro dos elementos das relações de consumo, passa-se imediatamente ao estudo dos dois primeiros: o subjetivo (consumidores e fornecedores) e o objetivo (produtos e serviços).

A respeito do elemento subjetivo das relações consumeristas, ou seja, os atores dessas relações jurídicas, o Código de Defesa do Consumidor dispõe em seus artigos iniciais que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, enquanto fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Ainda em relação aos consumidores, devido à amplitude dos danos a que estão submetidos e a já destacada vulnerabilidade, o legislador optou por ampliar o conceito de

consumidor (antes visto apenas sob o ponto de vista individual), de tal modo que pudessem ser resguardadas pelas normas de proteção e defesa consumeristas aquelas pessoas que, segundo a regra geral, não o seriam. São esses os consumidores equiparados, cujas hipóteses estão previstas nos artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29, todos do CDC.

Na primeira hipótese, equipara-se a coletividade de pessoas ao consumidor em sentido estrito. Segundo a redação do parágrafo único do artigo segundo do CDC, é equiparável aos consumidores a coletividade de pessoas, determináveis ou não, que haja intervindo nas relações de consumo; e assim o é, pois somente dessa forma seria possível conferir a essa universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídicos e processuais necessários ao exercício de seus direitos em juízo.

Nesse sentido, Rizzatto Nunes (2011, p.29) assevera que “a norma do parágrafo único do art. 2º pretende garantir a coletividade de pessoas que possam ser, de alguma maneira, afetadas pela relação de consumo”, contudo, ainda conforme o autor, a hipótese em comento é aplicada apenas quando a coletividade é atingida sem se tornar vítima de um acidente de consumo, pois este seria o caso de incidência obrigatória do art. 17, do CDC.

Nessa segunda hipótese, equiparam-se ao consumidor em sentido estrito todas as pessoas que sejam vítimas de acidentes de consumo. Nos termos do art. 17, do CDC, qualquer pessoa que experimente algum prejuízo em sua saúde ou segurança decorrente de um fato do produto ou serviço disponibilizado pelo fornecedor, é merecedora da equiparação, passando a ser considerada consumidora bystander (pessoa que era apenas espectadora e passa à condição de consumidora quando atingida por acidente de consumo).

Ilustrando a disposição constante do Código Consumerista, Rizzatto Nunes (2011, p.130) utiliza como exemplo caso envolvendo um acidente de avião em área residencial, nestes termos:

Assim, por exemplo, na queda de um avião, todos os passageiros (consumidores do serviço) são atingidos pelo evento danoso (acidente de consumo) originado no fato do serviço da prestação do transporte aéreo. Se o avião cai em área residencial, atingindo a integridade física ou o patrimônio de outras pessoas (que não tinham participado da relação de consumo), estas são, então, equiparadas ao consumidor, recebendo todas as garantias legais instituídas no CDC.

Por derradeiro, na terceira hipótese, equipara-se ao consumidor em sentido estrito a coletividade de pessoas, determináveis ou não, exposta a práticas comerciais abusivas, nos termos do art. 29, do CDC. Tais condutas podem ocorrer em relação à oferta e publicidade de produtos e

serviços, à cobrança de dívidas, às práticas abusivas em sentido estrito, aos bancos de dados e cadastros de consumidores e à matéria da proteção contratual.

Sobre a hipótese de equiparação em comento, Cláudia Lima Marques (2002, p. 294) assevera que:

O art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição política-legislativa. Parece-nos que, para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos de poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores-finais, o legislador concedeu um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) expostas às práticas abusivas. Estas, mesmo não sendo 'consumidores stricto sensu', poderão utilizar das normas especiais do CDC, de seus princípios, de sua ética de responsabilidade social no mercado, de sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas.

Por sua vez, Rizzatto Nunes aduz que o art. 29, do CDC, inova ao apresentar um conceito “difuso” de consumidor, dado que todos podem ser considerados consumidores pelo simples fato de estarem potencialmente expostos a toda e qualquer prática comercial. “É, como dissemos de início, o aspecto mais abstrato da definição, que, partindo do elemento mais concreto — daquele que adquire ou utiliza o produto ou o serviço como destinatário final —, acaba fixando de forma objetiva que se respeite o consumidor potencial. Daí ter-se de dizer que o consumidor protegido pela norma do art. 29 é uma potencialidade. Nem sequer precisa existir.” (RIZZATTO NUNES, 2011, p. 134).

Uma vez realizada a análise acerca do elemento subjetivo, bem como das hipóteses de equiparação à condição de consumidor, passa-se ao estudo do elemento objetivo que compõe as relações consumeristas.

O CDC dispõe nos §§ 1º e 2º do art. 3º que é considerado produto qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial disponibilizado pelo fornecedor ao consumidor, enquanto se considera serviço qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Em relação à definição de produto, devido à grande abrangência do conceito apresentado pelo CDC, não houve muita controvérsia na doutrina especializada, no entanto, o mesmo não ocorreu em relação à definição de serviço.

A partir da previsão legal, começou-se a discutir qual o alcance da expressão “mediante remuneração” a que faz referência a Lei. Seria ela uma característica essencial às

relações de consumo? Deveria ser necessariamente feita em dinheiro? E quando o serviço fosse disponibilizado gratuitamente ao consumidor, ainda estar-se-ia diante de uma relação de consumo?

Vários foram os posicionamentos e as respostas apresentadas. Ao final, a essencialidade da remuneração foi reconhecida, pois, do contrário, não se estaria diante de uma relação de consumo, e sim frente a outro tipo de relação jurídica

Ocorre que a realidade social foi mais rápida que o Direito. Com o passar dos anos, após a edição do CDC, começaram a surgir novas espécies de serviços em que, embora houvesse uma prestação por parte do fornecedor, não havia uma contraprestação correspondente pelo consumidor – ao menos, não na forma prevista inicialmente pelo legislador. Trata-se daqueles casos em que a contraprestação, a remuneração, é realizada de forma indireta pelo consumidor.

Sobre o tema, Rizzatto Nunes (2011, p.146-147) é enfático ao afirmar que no mercado de consumo, a representação mais clássica do sistema capitalista, nada é gratuito, ainda que pareça ser. Há um custo em tudo e ele sempre acaba sendo repassado ao consumidor. Logo, não se deve entender a expressão “remuneração” como sinônimo de preço ou preço cobrado, e sim como qualquer tipo de cobrança ou repasse, diretos ou indiretos.

Em igual sentido, Cláudia Lima Marques (2003, p. 94):

Parece-me que a opção pela expressão ‘remunerado’ significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o ‘benefício gratuito’ que está recebendo. A expressão ‘remuneração’ permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo.

Fabício Bolzan (2014, p.158) assevera que existem inúmeras formas de remuneração a um serviço prestado. Para o autor, alguns serviços apresentados ao público como gratuitos não podem ser assim classificados, já que a respectiva remuneração encontra-se embutida em outros custos impostos aos consumidores. Como exemplo de sua conclusão, o autor cita o caso de um estacionamento “gratuito” num *shopping center*, que não deixa de ser remunerado, uma vez que seu valor é levado em consideração pelos administradores e lojistas quando da fixação de preços dos demais produtos e serviços disponíveis nesse tipo de estabelecimento comercial.

Por sua vez, Leonardo de Medeiros Garcia (2010, p. 27), ao comentar as definições de produto e serviço apresentadas pelo Código de Defesa do Consumidor, assim afirma:

O artigo delimita para fins de definição tanto de consumidor, como de fornecedor, o que seja produto e serviço. Produto é definido de modo bem amplo pela lei, sendo qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (§ 1º). Já o serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração (§ 2º). Segundo o artigo, estariam excluídas da tutela consumerista aquelas atividades desempenhadas a título gratuito, como as feitas de favores ou por parentesco (serviço puramente gratuito). **Mas é preciso ter cuidado para verificar se o fornecedor não está tendo uma remuneração indireta na relação (serviço aparentemente gratuito). Assim, alguns serviços, embora sejam gratuitos, estão abrangidos pelo CDC, uma vez que o fornecedor está de alguma forma sendo remunerado pelo serviço.** (grifos nossos)

Sob o aspecto concreto, a construção ventilada pelos autores acima foi considerada válida pelos tribunais pátrios, de tal modo que se passou a admitir sem maiores problemas a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a relações jurídicas cujo elemento objetivo fosse representado por um serviço aparentemente gratuito.

Excetuada a hipótese da remuneração indireta, reforça a existência de serviço nos moldes da legislação consumerista a constatação de que muitas das prestações aparentemente gratuitas são facilidades utilizadas para atrair potenciais clientes. Dessa forma, são considerados serviços: os pontos derivados de cartão fidelidade, as promoções “pague um, leve dois”, os brindes de *marketing*, o cafezinho “por conta da casa”, os estacionamento gratuitos em *shopping centers*, supermercados e lojas, dentre outros.

Curiosamente, o exemplo apresentado por Fabrício Bolzan (2014, p.158-159) tornou-se um caso concreto do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. No julgamento da Apelação Cível n. 2014.062806-9, cujo relator foi o eminente Des. Domingos Paludo, restou assentada a responsabilidade do Shopping Center em caso de furto ocorrido dentro seu estacionamento disponibilizado ao público, sob o fundamento da existência de relação de consumo. Esta foi a ementa do referido *decisum*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS C/C DANOS MORAIS. FURTO DE MOTOCICLETA EM ESTACIONAMENTO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO DE ZELO NÃO OBSERVADA. ESTACIONAMENTO QUE SE CONSIDERA EXTENSÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR O DANO MATERIAL INARREDÁVEL, CONSISTENTE NO VALOR DE MERCADO DA MOTOCICLETA À ÉPOCA DA OCORRÊNCIA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO (ART. 405 DO CC). ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. DESPROVIMENTO. (01/10/2015) (grifos nossos)

Desta forma, utilizando-se dos argumentos acima, para determinar a real natureza de uma relação jurídica com vistas a enquadrá-la como relação de consumo, não deve o observador

atentar-se única e exclusivamente a uma contraprestação direta do consumidor ao fornecedor. O pagamento da remuneração pode ser feito indiretamente e, até mesmo, mediante outras formas que não a do dinheiro.

Findo o estudo acerca dos elementos caracterizadores das relações de consumo, passa-se à análise da natureza jurídica da relação existente entre os provedores sujeito ao regramento do MCI e seus usuários.

3.2 A natureza jurídica da relação existente entre os provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem e seus usuários

Após a sanção do Marco Civil da Internet (MCI), especialistas em Direito Digital começaram a estudar os efeitos que a nova lei causaria no dia a dia dos brasileiros. Um desses efeitos era justamente a apresentação de um posicionamento estatal sobre a responsabilização civil dos provedores de serviços de internet em caso de danos decorrentes de conteúdo de terceiro, que acabou se revelando bastante limitado, tendo em vista que possui abrangência apenas sobre os provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem, conforme exposição anterior.

Segundo o professor Paulo Roberto Binicheski (2015, p.13), ao dispor sobre o tema, o legislador acabou adotando um modelo assemelhado ao regime legal norte-americano, constante da Lei da Decência das Comunicações (LDC), de 1996. Em ambas as normas, excetuados os casos tratados em outras leis especiais, os provedores de internet acabam praticamente isentos de qualquer responsabilidade pelo material ilícito existente em suas plataformas, quando a criação ou inserção é promovida por um terceiro.

Respeitada a legítima opção feita pelo legislador estadunidense, qual seja: a de não responsabilizar os provedores, verifica-se que a adoção do modelo norte-americano pelo legislador brasileiro não ocorreu de modo juridicamente adequado.

Não se questiona o fato de que o MCI trouxe dispositivos importantes, como aqueles atinentes a: a) observância dos direitos humanos, do desenvolvimento da personalidade e do exercício da cidadania em meios digitais (art. 2º, inciso II); b) garantia da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 2º, inciso V); c) responsabilização dos agentes de

acordo com suas atividades (art. 3º, inciso VI); e d) não exclusão dos demais princípios previstos em nosso ordenamento jurídico ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 3º, parágrafo único).

Entretanto, ao possibilitar a responsabilização civil subjetiva, subsidiária, eventual e judicializada, o legislador acabou violando diretamente diversos institutos jurídicos, notadamente a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, donde se infere a urgência na adequação jurídica do sistema instituído.

E esse processo de adequação passa necessariamente pela análise da natureza jurídica da relação existente entre os provedores de conteúdo em sentido estrito e hospedagem e seus usuários.

Nos dizeres de Sérgio Cavalieri Filho (2011, p. 57):

[...] a norma jurídica estabelece um vínculo, um liame, um laço ou ligação entre aqueles que participam da relação social (e se é um vínculo criado pelo Direito então é vínculo jurídico), atribuindo a um dos sujeitos poder e a outro dever ou subordinação. O vínculo é emanção do Direito, um atributo da norma jurídica.

Desta forma, o estudo da natureza jurídica da relação estabelecida entre provedores e usuários, bem como da regra aplicável ao caso concreto, é de fundamental importância, pois é a partir deles que se poderão determinar os direitos e os deveres das partes envolvidas, assim como a posição a ser adotada pelo Estado diante do caso concreto: a de um mero observador ou a de um garante eficaz.

E em assim sendo, de antemão, uma breve análise das relações existentes entre os provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem e os seus usuários revela que a maioria delas são relações jurídicas de consumo.

A esse respeito, veja-se que as relações de consumo apresentam três elementos característicos, já devidamente analisados: o subjetivo (fornecedores e consumidores), o objetivo (os produtos ou os serviços) e o teleológico (a finalidade).

Tais elementos podem ser facilmente ajustados a grande parte dos vínculos existentes entre os provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem e seus usuários. Os provedores e os usuários, enquanto fornecedores e consumidores, seriam, respectivamente, o elemento subjetivo; os serviços disponibilizados pelos provedores seriam o elemento objetivo; e, por fim, a intenção com a qual os internautas utilizariam os serviços, enquanto finalidade, seria o elemento teleológico.

Sobre o tema, com clareza, Roberto Flávio Cavalcanti (2014, online) aduz que:

Não é difícil deduzir que a definição do artigo 15 do Marco Civil, descrita no tópico imediatamente anterior, encontra-se contida na definição de fornecedor do artigo 3º do CDC (...) Assim, “fornecedor” é um gênero do qual o “provedor de aplicações de internet” é espécie, pois se este provedor de aplicações de internet exerce atividade econômica, obviamente visa o lucro. Consequentemente, também possui uma clientela e um destinatário final. Mais que isso: se o artigo 15 do Marco Civil assume que o “provedor de aplicações de internet” possui fins econômicos, obviamente ele presta um serviço remunerado direta ou indiretamente ao usuário, que por sua vez é uma espécie do gênero consumidor.

Fernando Henrique Rossi (2014, online) apresenta o mesmo entendimento. Dando enfoque para as redes sociais, espécie de provedor de conteúdo em sentido estrito, o autor assevera que as empresas que as administram são fornecedoras nos termos da lei consumerista, pois ofertam serviço de comunicação interpessoal realizado via internet, prestado com regularidade e habitualidade, visando auferir lucro, e, portanto, tendo de conviver com os riscos daí decorrentes. Os usuários seriam, então, consumidores do serviço disponibilizado por tais fornecedores.

Ainda em relação aos argumentos supra, cumpre destacar o aspecto da remuneração, fundamental para a existência de um serviço nos moldes do CDC.

Ordinariamente, os provedores de conteúdo em sentido estrito e os provedores de hospedagem, estes na prestação de serviços aos usuários comuns, disponibilizam na rede funcionalidades cuja utilização não apresenta “custo” aos usuários. Em virtude dessa “gratuidade”, o número de usuários aumenta consideravelmente. Com tal incremento, por parte de outras empresas surge o interesse em afixar anúncios publicitários dentro do ambiente criado pelos provedores, dado que um grande número de pessoas terá a possibilidade de visualizá-los. E como a inserção dos anúncios não é gratuita, o provedor acaba obtendo receitas, que, a depender de determinadas características (tipo de anúncio e anunciante, duração da disponibilização, quantidade de usuários etc.) podem ser altíssimas.

Rodrigo Junqueira Bertoncini (2013, p. 17), ao citar Giovani Sartor e Eleonora Rosati, afirma que a prática acima também é conhecida como *software as a service* (software como serviço), ou ainda *platform as a service* (plataforma como serviço). Analisando o tema sob a ótica das redes sociais, Bertoncini assevera que a utilização é gratuita, contudo, atividades conexas, como a publicidade e a venda de dados acerca da preferência dos usuários, acabam

gerando receita para os administradores. Em todos os casos, para que o usuário remunere o provedor, basta que ele continue usando o serviço disponibilizado pelo provedor.

Jurisprudencialmente, as construções acima já vinham sendo aceitas sem maiores questionamentos por parte dos tribunais pátrios, em especial, o Superior Tribunal de Justiça. Nesse ponto, é importante destacar que por serem as que mais se destacam no segmento dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem, empresas como Google (agora, Alphabet), Facebook e Twitter acabam sendo as mais acionadas judicialmente.

Nestes termos, em decisões bastante assemelhadas, proferidas ainda em momento anterior à sanção do MCI, a Corte da Cidadania reconheceu a existência de relação de consumo entre provedores de conteúdo em sentido estrito (e, pelas mesmas razões os de hospedagem) e seus usuários:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA. 1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração” contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. (...) (REsp 1193764/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJ 08/08/2011)

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/90.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo mediante remuneração, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. (...) (REsp 1.308.830/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª T., DJe 21-5-2012)

Logo, uma vez presentes todos os elementos característicos, não há óbice ao enquadramento de algumas das relações existentes entre os provedores ora analisados e os seus usuários dentro do molde das relações jurídicas de consumo, de tal modo que, tanto os provedores de conteúdo em sentido estrito quanto os provedores de hospedagem, deveriam ter suas responsabilidades delineadas pelo Código de Defesa do Consumidor e não pelas regras introduzidas pela Lei nº 12.965/14.

Aliás, esse é o mandamento constante do artigo 7º, XIII, do Marco Civil da Internet, o qual insere dentre os direitos dos internautas a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor às relações de consumo realizadas na internet.

Entretanto, infelizmente, como visto nas decisões acima, esse não é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que mesmo antes da criação do Marco Civil da Internet já utilizava o instituto do “notice and takedown”.

Tal situação, aliada ao conturbado processo de tramitação do MCI e às inspirações estadunidenses do legislador brasileiro (LDC e DMCA), resultou num sistema que presenteia os provedores de conteúdo em sentido estrito e os de hospedagem que exploram atividade comercial com uma responsabilidade civil subjetiva, e que se tornou ainda subsidiária, eventual e judicializada, conforme detalhado no penúltimo tópico do capítulo anterior.

As razões para a adoção dessa espécie de responsabilidade já constavam da justificativa que acompanhou o PL nº 2.126/2011 no envio à Câmara dos Deputados, e que foram posteriormente acatadas pelo Congresso Nacional, nestes termos:

16. No terceiro capítulo, ao tratar da provisão de conexão e de aplicações de internet, o anteprojeto versa sobre as questões como: [...] a responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros [...]. **As opções adotadas privilegiam a responsabilização subjetiva**, como forma de preservar as conquistas para a liberdade de expressão decorrentes da chamada Web 2.0, que se caracteriza pela ampla liberdade de produção de conteúdo pelos próprios usuários, sem a necessidade de aprovação prévia pelos intermediários. **A norma mira os usos legítimos, protegendo a privacidade dos usuários e a liberdade de expressão, adotando como pressuposto o princípio da presunção de inocência, tratando os abusos como eventos excepcionais.** (grifos nossos)

Art. 19 da Lei nº 12.965/14. **Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura**, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (grifos nossos)

Ocorre que golpes e ataques de internet, malwares e outros riscos podem ter origem justamente a partir dos serviços prestados pelos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem, de tal modo que se encontra equivocada a afirmação de que os abusos e danos deles decorrentes são eventos excepcionais. E mais: considerando-se que boa parcela desses provedores não efetua controle efetivo sobre o ingresso e as ações de seus usuários, é de se esperar que uma quantidade cada vez maior desses “eventos excepcionais” ocorra.

No tocante à liberdade de expressão, destaca-se que ela deve ser respeitada em todas as relações jurídicas, inclusive as privadas, contudo, não há qualquer possibilidade de se desconsiderar o contexto de sua inserção. Nesse sentido, retratando o caso das redes sociais, Fernando Henrique Rossi (2014, online) afirma que a utilização delas não corresponde a um exercício isolado do direito fundamental em comento, mas apenas a uma forma de “expressão do pensamento com alcance potencializado através da contratação\ aquisição de um serviço especializado para tanto”, e isso “faz provocar uma reflexão sobre os ares de romantismo do dispositivo aqui em embate”.

E caso que a internet fosse balizada apenas pela liberdade de expressão dos usuários, ao instituir de modo unilateral termos e condições para o uso de seus serviços, empresas como Google, Twitter e Facebook agiriam de modo tirano e ilegal. Afinal de contas, a imposição de limites ao exercício de direito fundamental não deveria ser fruto de amplo debate no seio do Poder Legislativo (e em casos excepcionais do Poder Judiciário)?

Em verdade, a adoção e a apresentação de justificativas pelo legislador demonstra o não reconhecimento de situações de desmando levadas a cabo diariamente pelos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem.

A esse respeito, veja-se que: a) segundo relato do Ministro do Tribunal Superior Eleitoral Henrique Neves em 2013 ao Portal Consultor Jurídico, cerca de 95% de todas as punições aplicadas pela referida Corte aos provedores era motivada justamente pela desobediência deliberada a ordens judiciais. De acordo com o eminente ministro, “nenhuma das multas foi estabelecida a partir de uma simples notificação, e sim de uma decisão judicial que eles não acharam certa”, inclusive em processos em que sequer eram partes; b) em setembro de 2012, o então diretor-geral da filial brasileira do Google, foi preso justamente por descumprir deliberadamente ordem emanada pela Justiça Eleitoral no Mato Grosso do Sul contemplando a retirada de conteúdo prejudicial a um candidato a cargo eletivo em município daquele Estado; c)

os provedores de conteúdo em sentido estrito e hospedagem foram os principais colaboradores da National Security Agency (NSA) durante a utilização do programa PRISM, no já detalhado “Caso Snowden”, conforme informações fornecidas pelo próprio Edward Snowden; e d) a Comissão Europeia recomendou que os cidadãos de países daquele bloco simplesmente deixassem o Facebook, uma das empresas envolvidas no “Caso Snowden”, já que apenas com o aparato legal dos países europeus não era possível dar segurança a eles quando da utilização do serviço, como consta de julgamento envolvendo pleito apresentado por Maximilian Schrems, ativista austríaco que luta pela privacidade na internet.

Por fim, ainda que a empresa jamais tenha respondido à recomendação da Comissão Europeia, a Declaração de Direitos e Responsabilidades do Facebook, de 30 de janeiro de 2015, documento com o qual se deve concordar ao criar um perfil na plataforma, possibilita aventar uma manifestação. Segundo a absurda redação do “item 15.3” do referido documento, escrito em caixa alta, os usuários devem utilizar o serviço tendo ciência de que o fazem por sua própria “CONTA E RISCO” e que a empresa não se responsabiliza por danos advindos da utilização da rede social, ainda que avisada previamente sobre a possibilidade de eles ocorrerem:

15.3. NÓS TENTAMOS MANTER O FACEBOOK EM FUNCIONAMENTO, SEGURO E LIVRE DE ERROS, MAS VOCÊ O USA POR SUA CONTA E RISCO. NÓS FORNECEMOS O FACEBOOK NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA, SEM GARANTIAS EXPRESSAS OU IMPLÍCITAS, INCLUINDO, SEM LIMITAÇÃO, GARANTIAS IMPLÍCITAS DE COMERCIALIZAÇÃO, ADEQUAÇÃO A UMA FINALIDADE ESPECÍFICA E NÃO INFRAÇÃO. NÃO GARANTIMOS QUE O FACEBOOK SERÁ SEMPRE SEGURO, PROTEGIDO, SEM ERROS, NEM QUE O FACEBOOK SEMPRE FUNCIONARÁ SEM INTERRUPÇÕES, ATRASOS OU IMPERFEIÇÕES. O FACEBOOK NÃO SE RESPONSABILIZA POR AÇÕES, CONTEÚDOS, INFORMAÇÕES OU DADOS DE TERCEIROS, E VOCÊ ISENTA A NÓS, NOSSOS DIRETORES, EXECUTIVOS, FUNCIONÁRIOS E AGENTES DE QUALQUER RECLAMAÇÃO OU DANOS, CONHECIDOS E DESCONHECIDOS, DECORRENTES DE OU RELACIONADOS DE QUALQUER FORMA A QUALQUER RECLAMAÇÃO QUE VOCÊ TENHA CONTRA TERCEIROS. [...] NÓS NÃO NOS RESPONSABILIZAMOS COM VOCÊ POR QUALQUER PERDA DE LUCRO OU OUTROS DANOS CONSEQUENTES, ESPECIAIS, INDIRETOS OU ACIDENTAIS DECORRENTES DE OU RELATIVOS A ESTA DECLARAÇÃO OU AO FACEBOOK, MESMO QUE TENHAMOS SIDO AVISADOS DA POSSIBILIDADE DE TAIS DANOS. NOSSA RESPONSABILIDADE AGREGADA TOTAL DECORRENTE DESTA DECLARAÇÃO OU DO FACEBOOK NÃO DEVERÁ ULTRAPASSAR O MONTANTE DE CEM DÓLARES (US\$ 100) OU O VALOR PAGO NOS EUA NOS ÚLTIMOS DOZE MESES. A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL NÃO PODE PERMITIR A LIMITAÇÃO NEM A ISENÇÃO DA RESPONSABILIDADE POR DANOS ACIDENTAIS OU CONSEQUENTES. PORTANTO, A LIMITAÇÃO OU EXCLUSÃO ACIMA PODE NÃO SE APLICAR A VOCÊ. NESSES CASOS, A RESPONSABILIDADE DO

FACEBOOK SERÁ LIMITADA AO LIMITE MÁXIMO PERMITIDO POR LEI.
(grifos nossos)

Ante o exposto, conclui-se que algumas das relações existentes entre os provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem e os seus usuários podem ser consideradas relações de consumo, desde que presentes os requisitos legais; a justificativa constante do artigo 19, *caput*, da Lei nº 12.965/14, ainda que analisada individualmente, não basta aos fins a que se propõe, tampouco, a afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

E uma vez que o legislador não comungou do entendimento acima, uma série de consequências jurídicas ocorreram, as quais serão a seguir detalhadas.

3.3 A inconstitucionalidade dos artigos 19 a 21 da Lei nº 12.965/14

Atento à situação apresentada no último tópico, Roberto Flávio Cavalcanti publicou artigo defendendo a total inaplicabilidade dos artigos 19 e ss. do Marco Civil da Internet. Segundo o autor, tais dispositivos seriam inconstitucionais em virtude da inobservância aos princípios constitucionais da isonomia e da vedação ao retrocesso em matérias de direitos fundamentais (CAVALCANTI, 2014, online), fato que será analisado a seguir.

3.3.1 A violação ao princípio constitucional de isonomia

O princípio constitucional da isonomia encontra-se insculpido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, quando este assevera que todas as pessoas são consideradas iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza.

Naturalmente, como não se admite uma leitura isolada e estática do texto constitucional, torna-se necessário adotar forma de interpretação que, emergindo da abstração legal, dê a devida atenção à realidade social, levando-a em consideração na construção da forma e do conteúdo das leis. A situação não é diferente em relação ao princípio constitucional sob análise.

O ilustre Ruy Barbosa, citado por Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 420), adotando a postura de intérprete e jurista ativo, asseverou que “a regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”.

Desta forma, não basta ao Estado Democrático de Direito apenas a promoção e/ou manutenção do aspecto formal do princípio da isonomia. Para que possa se legitimar perante a sociedade, o Poder Público deve promover o aspecto material do princípio em comento, com a garantia de tratamentos desiguais, inclusive.

A concessão desses tratamentos desiguais só restará prejudicada quando não for razoável nem justificável, ou seja, quando puder representar uma violação ao aspecto material do princípio da isonomia, como bem assevera o professor Alexandre de Moraes (2003, p. 65):

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma **não razoável ou arbitrária** um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma **justificativa objetiva e razoável**, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e finalidade perseguida, **sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos**. (sem grifos no original)

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal, indo ao encontro das lições encampadas por Ruy Barbosa e Alexandre de Moraes, por diversas vezes fixou o entendimento de que a concessão de tratamentos diferenciados pelo legislador pode ocorrer, contudo, apenas naquelas situações em que houver a comprovação de sua real necessidade.

Inexistindo tal necessidade, o tratamento diferenciado transforma-se em privilégio, que deve ser prontamente afastado. Nesse sentido, vejam-se algumas decisões do Pretório Excelso sobre o tema;

ACÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS – PROUNI. **ACÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA.**

(...)

5. Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade.

6. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social.

7. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, verbi gratia, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. **A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um descrimen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade** (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, **máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem.** (...) (ADI 3.330/DF. Relator(a) Min. AYRES BRITTO, julgamento em 03/05/2012, Plenário, DJE de 22-3-2013.)

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

(...)

IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. (...) (ADPF: 186/DF, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 26/04/2012. Data de Publicação no DJE 205: 20/10/2014) (grifos nossos)

No âmbito do MCI, a violação ao aspecto material do princípio constitucional da isonomia encontrar-se-ia consubstanciada no tratamento diferenciado conferido aos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem.

Para Cavalcanti (2014, online), ao afastar a responsabilidade civil objetiva e estabelecer a responsabilidade civil subjetiva, que também é subsidiária, eventual e judicializada, o legislador concedeu aos provedores acima um privilégio, tendo em vista que eles não

guardariam quaisquer distinções para com os demais integrantes da classe dos fornecedores prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Fernando Henrique Rossi (2014, online), quando da elaboração do MCI, já demonstrava sua insatisfação com a postura do legislador. Assim como Cavalcanti, o autor afirmou que não haveria lógica em se conceder tratamento diferenciado aos “provedores de aplicações de internet”, a maioria dos quais corporações multibilionárias, em detrimento as demais organizações capitalistas. Ainda segundo o referido autor (ROSSI, 2014, online):

[...] os “provedores de aplicações de internet” são organizações capitalistas como quaisquer outras, não se justificando que os referidos provedores se subtraíam ao tratamento mais gravoso do CDC que instituições financeiras, securitárias, lojas de varejo etc.

Comungando do mesmo entendimento, o professor Rafael Peteffi da Silva (2015, online), assim afirmou:

Não faz sentido que sites e portais de notícias sejam responsabilizados objetivamente por declarações ofensivas feitos de entrevistados e comentaristas de internet enquanto redes sociais podem ser absolvidas por conteúdo inadequado, **tanto por retirarem-no em tempo hábil quanto pela alegação de que não têm como monitorar todas as postagens de usuários.**

[...]

Entendo que um grande debate crítico deveria ser realizado a esse respeito, pois tenho dificuldade em admitir que órgãos de imprensa, absolutamente fundamentais em um Estado Democrático de Direito, com programas ‘ao vivo’ ou chats em tempo real, respondam pelo risco de não possuírem um controle editorial, enquanto gigantescas empresas administradoras de redes sociais não sejam responsáveis pela falta de controle dos conteúdos postados, nem mesmo para o caso de perfil falso, cuja criação poderia ser facilmente controlada de maneira mais eficiente. (grifos nossos)

Em relação à primeira das teses de exclusão criticadas pelo professor, a remoção em tempo hábil, verifica-se que ela não é juridicamente apta aos fins a que se propõe. Uma vez delineada a existência de relação de consumo e a responsabilidade civil objetiva, conforme exposição anterior, apenas as circunstâncias previstas no artigo 14, § 3º, do CDC, podem afastar a responsabilidade dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem. Eventualmente, a remoção ágil poderia ser utilizada apenas como parâmetro para a definição do *quantum* indenizatória a ser pago à vítima.

Por caminho diferente não cruza a segunda delas, relativa à impossibilidade de monitoramento (ou controle) do conteúdo enviado ao ambiente virtual. Num primeiro momento, pode-se contornar tal situação pelo simples fato de que as empresas que assim se defendem em

processos judiciais não apresentam as respectivas provas. Noutro, a prática revela que algumas delas, como Google e Facebook, já mantêm sistemas aprimorados de controle, mas optam por utilizá-los apenas quando lhes convêm, deixando de intervir em situações envolvendo nudez, pedofilia ou exploração de tragédias, como ocorreu no caso da divulgação de fotos e vídeos do procedimento de necropsia dos corpos do cantor Cristiano Araújo e sua namorada Alanna Moraes, vítimas de um acidente automobilístico ocorrido em junho de 2015.

Ademais, em havendo serviço nos moldes da lei consumerista, a ausência de controle e monitoramento do conteúdo enviado ao ambiente virtual caracteriza um defeito na prestação do serviço. Sobre este tema, o Superior Tribunal de Justiça, em julgado envolvendo provedor de informação, aplicando o CDC, reconheceu que a ausência de controle sobre o conteúdo produzido por terceiros não é apta a afastar a responsabilidade civil objetiva, nestes termos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. PORTAL DE NOTÍCIAS. RELAÇÃO DE CONSUMO. OFENSAS POSTADAS POR USUÁRIOS. AUSÊNCIA DE CONTROLE POR PARTE DA EMPRESA JORNALÍSTICA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PERANTE A VÍTIMA. VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. Controvérsia acerca da responsabilidade civil da empresa detentora de um portal eletrônico por ofensas à honra praticadas por seus usuários mediante mensagens e comentários a uma notícia veiculada.
2. Irresponsabilidade dos provedores de conteúdo, salvo se não providenciarem a exclusão do conteúdo ofensivo, após notificação. Precedentes.
- 3. Hipótese em que o provedor de conteúdo é empresa jornalística, profissional da área de comunicação, ensejando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.**
- 4. Necessidade de controle efetivo, prévio ou posterior, das postagens divulgadas pelos usuários junto à página em que publicada a notícia.**
- 5. A ausência de controle configura defeito do serviço.**
6. Responsabilidade solidária da empresa gestora do portal eletrônica perante a vítima das ofensas.
7. Manutenção do 'quantum' indenizatório a título de danos morais por não se mostrar exagerado (Súmula 07/STJ).
8. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (Informativo 558 - STJ - REsp: 1352053 AL 2012/0231836-9, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 24/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/03/2015) (grifos nossos)

Ante o exposto, verifica-se que o sistema de responsabilização civil dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem promove violação ao princípio constitucional da isonomia quando isenta tais sujeitos da responsabilidade civil objetiva advinda do Código de Defesa do Consumidor, em detrimento a tantas outras organizações capitalistas.

Finda a análise relativa ao princípio da isonomia, passa-se ao estudo do também constitucional princípio da vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

3.3.2 As violações ao princípio constitucional da vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais

Para Roberto Flávio Cavalcanti (2014, online), o artigo 19 e ss. da Lei nº 12.965/14 promovem violações ao princípio constitucional da vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais quando restringem o direito ao esquecimento e afastam a incidência do CDC sobre relações de consumo.

De acordo com Alexandre Freire Pimentel e Mateus Queiroz Cardoso (2015, p. 52), o direito ao esquecimento advém originariamente da França, onde é conhecido como “droit à l’oubli”. Transportado daquele país ao Parlamento europeu, passou a constar de projeto de lei que trata das garantias dos cidadãos frente aos provedores de serviços de internet.

Ainda conforme os referidos autores, nesse projeto o direito ao esquecimento somente passa a existir em relação a dados pessoais que perderam sua finalidade ou cuja manutenção na web não seja a vontade das pessoas a quem eles fazem referências, bem como a fatos cuja divulgação não seja mais conveniente ou necessária, ou que não sejam verdadeiros (PIMENTEL e CARDOSO, 2015, p.52).

Em relação à violação ao direito em questão, Cavalcanti (2014, online) afirma que o MCI impôs aos prejudicados o ônus de ter de “procurar obrigatoriamente as vias judiciais para resolver seu problema”. Tal imposição vai de encontro ao Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, que possui a seguinte redação: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

O conflito entre os comandos do MCI e a conclusão dos juristas reunidos na VI Jornada de Direito Civil, é destacado quando se verifica a justificativa fornecida por estes para a inclusão do direito ao esquecimento no rol dos direitos da personalidade (direitos fundamentais):

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua **origem histórica no campo das condenações criminais**. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura **a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.**
(grifos nossos)

Em adendo, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.161) atribui justamente às novas tecnologias da informação a ocorrência de atos prejudiciais aos direitos da personalidade, estando

dentre eles o direito ao esquecimento, o que dá ensejo a constante necessidade de aprimoramento na regulamentação:

O progresso econômico-social e científico poderá dar origem também, no futuro, a outras hipóteses, a serem tipificadas em norma. **Na atualidade, devido aos avanços científicos e tecnológicos** (Internet, clonagem, imagem virtual, monitoramento por satélite, acesso imediato a notícias e manipulação da imagem e voz por computador), **a personalidade passa a sofrer novas ameaças que precisarão ser enfrentadas, com regulamentação da sua proteção. O direito de personalidade vai, pois, além das prerrogativas catalogadas na Constituição e na legislação ordinária.** (grifos nossos)

O direito em questão já foi objeto de reconhecimento por parte do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado em junho de 2013, fato que tornou a Corte o primeiro órgão jurisdicional brasileiro a analisar o instituto (PIMENTEL e CARDOSO, 2015, p.54).

O caso envolvia cidadão que, absolvido por unanimidade da acusação de participação na “Chacina da Candelária”, ocorrida em 23 de julho de 1993, no Rio de Janeiro/RJ, foi posteriormente citado em reportagem do programa “Linha Direta”, da TV Globo, no ano de 2006, ainda que houvesse se negado a dar entrevista na ocasião. Após a divulgação da matéria jornalística, o autor apresentou pleito indenizatório à Justiça Fluminense, sustentando que sua citação no programa além de tornar novamente pública uma situação que ele já havia superado, reacendeu no local onde residia a imagem de criminoso e o ódio social, ferindo, portanto, o seu direito a paz, anonimato e privacidade pessoal, obrigando-o a trocar de residência para preservar sua segurança pessoal e a de seus familiares.

No primeiro grau da justiça estadual a ação foi julgada improcedente, porém a sentença foi modificada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão do qual se extraem os seguintes pontos, fundamentais para uma boa compreensão do direito ao esquecimento:

[...]

2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. **O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.**

[...]

4. Um dos danos colaterais da "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana", de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os "riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira" (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa

era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). **Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados.**

[...]

8. Nesse passo, a **explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos.** Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das "coisas humanas".

[...]

10. É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo - a pretexto da historicidade do fato - pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. **Por isso, nesses casos, o reconhecimento do "direito ao esquecimento" pode significar um corretivo - tardio, mas possível - das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.**

[...]

12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional(...).

[...]

14. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos.

[...]

16. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória - que é a conexão do presente com o passado - e a esperança - que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. (...) (REsp 1334097/RJ, Recurso Especial nº 2012/0144910-7, Rel. Min. Luis Felipe Salomão (1140), Órgão Julgador: Quarta Turma, J. 28.05.2013) (grifos nossos)

Por sua vez, nos autos do ARE n. 833.248/RJ, ainda pendente de julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do direito ao esquecimento. Segundo o relator, Ministro Dias Toffoli, as matérias constantes do referido recurso, extrapolariam os interesses das partes, pois abordariam temas relativos à “harmonização de importantes princípios dotados de status constitucional: de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada”.

No âmbito internacional, o Tribunal de Justiça da União Europeia comunga do mesmo entendimento constante do Enunciado 531 do CJF, das decisões proferidas pelo STJ e pelo STF e das definições constantes do projeto de lei europeu.

Em acórdão datado de 13 de maio de 2014, proferido em caso envolvendo Google, sua filial na Espanha, cidadão daquele país que buscava tornar indisponível conteúdo atinente a sua vida privada (débitos fiscais e consequentes atos de expropriação), e Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), a referida Corte decidiu que os “provedores de busca” devem excluir da lista de resultados obtidos a partir de seus sistemas todas as páginas que contenham informações relativas às pessoas que tenham solicitado diretamente a remoção da web de informações que lhe digam respeito.

Embora a decisão tenha consagrado a técnica do “notice and takedown”, que foi posteriormente disponibilizada pelo Google a todos os cidadãos europeus, os motivos estavam relacionados ao direito ao esquecimento e não à tentativa de isentar o referido provedor de conteúdo em sentido estrito do dever de indenizar.

Assim sendo, doutrina e jurisprudência, nacional e internacional, passaram a admitir a inclusão do direito ao esquecimento dentro do rol dos direitos da personalidade, que por sua vez são direitos fundamentais e gravitam em torno dos direitos humanos. Na contramão, o legislador brasileiro optou por dificultar o exercício desse direito pelos usuários da internet, impondo a necessidade de acionar o Poder Judiciário para verem removidos, ainda que parcialmente, da internet conteúdos prejudiciais, muitas das vezes publicados visando o lucro em função da tragédia, desgraça e exposição alheias.

A obrigatoriedade de intervenção judicial e a consequente limitação do exercício do direito ao esquecimento fragiliza a proteção dos seres humanos, de tal modo que assim resta

caraterizado novo vício de ordem constitucional no sistema de responsabilização civil dos “provedores de aplicações de internet” (CAVALCANTI, 2014, online).

Outro vício de igual natureza é revelado a partir da análise da natureza das normas envolvidas no caso concreto, sobretudo, a do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Segundo Guilherme Magalhães Martins e João Victor Rozatti Longhi (2013, p.8;25), por tornar concretos uma garantia constitucional (art. 5º, inciso XXXII) e um princípio geral da ordem econômica (Art. 170, inciso V), o CDC jamais poderá ter sua incidência extirpada, sobretudo, quando levadas em consideração a real existência de relação de consumo e a já reconhecida e constante violação dos direitos dos consumidores, que agora, por ocorrerem num ambiente livre como o da internet, acabam agravando o quadro das vulnerabilidades desses indivíduos.

Ao instituir o CDC, o legislador não exauriu o comando advindo do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, tendo em vista ser medida de direito o contínuo aperfeiçoamento das regras que compõem o sistema de proteção e defesa dos consumidores. Logo, ao instituir no MCI um sistema de responsabilização civil que vai de encontro àquele já existente na Lei consumerista, o legislador fez exatamente o contrário do que deveria, fragilizando mais um dos direitos fundamentais (CAVALCANTI, 2014, online).

É a partir das situações destacadas neste tópico e no imediatamente anterior que se verifica a ocorrência de grave processo dilapidatário, que, por representar verdadeiro retrocesso, encontra óbice no artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal e no efeito *cliquet* dos direitos humanos.

O artigo mencionado dispõe que não será objeto de deliberação proposta de emenda à Constituição Federal tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Em assim sendo, já que um instrumento com tamanha envergadura não pode abolir os direitos e garantias individuais, o quê se poderia falar então de mera lei ordinária que dispusesse dessa forma, como ocorre no caso do MCI? Que tal lei é inconstitucional (CAVALCANTI, 2014, online).

Por sua vez, o chamado efeito *cliquet* dos direitos humanos também representa um óbice às intenções do legislador. Segundo Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (2013, p.46):

A proibição existente de as normas internas regredirem (ou retrocederem) em matéria de direitos humanos tem-se denominado ‘efeito cliquet dos direitos humanos’. O chamado cliquet é um instrumento de alpinistas que somente permite que aquele que pratica uma

escalada suba e não desça, ou seja, vá cada vez mais para cima sem voltar para trás, tal como deve ocorrer com as normas internas relativamente à proteção dos direitos humanos: sempre proteger mais, sem retroceder (regredir) nessa proteção. Está vedado o retrocesso em matéria de direitos humanos.

Tanto as teses da vedação ao retrocesso quanto a do efeito cliquet dos direitos humanos foram admitidas pela jurisprudência nacional. A esse respeito, deve-se registrar o julgamento do Recurso Extraordinário n. 351.750/RJ, que, embora não tenha sido conhecido por ventilar apenas matéria infraconstitucional, apresentou acórdão defendendo a admissibilidade da aplicação da vedação do retrocesso em matéria de direitos humanos.

Nesse caso, discutia-se a constitucionalidade da limitação de indenizações relativas a falhas na prestação de serviços de transporte aéreo promovida pelo Código Brasileiro de Aeronáutica e pela Convenção de Varsóvia em detrimento do Código de Defesa do Consumidor.

Destacando o voto proferido pelo ministro Carlos Ayres Britto no julgamento acima e utilizando-se das alegações nele presentes para criticar as disposições do MCI referentes à responsabilização dos “provedores de aplicações de internet”, Cavalcanti (2014, online) assim aduz:

9. (...) enfatizo o inciso V do art. 170 para dizer que a defesa do consumidor, além de direito fundamental (art. 5º, inciso XXXII), é princípio geral de toda a atividade econômica.

(...)

10. Em boa verdade, o inciso XXXII do art. 5º da Carta-cidadã é uma das normas constitucionais densificadoras do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção econômica, a significar, esse último, nas palavras do mestre JJ. Gomes Canotilho, 'uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma actividade económica e social conformadora das estruturas socioeconómicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática'. **Esse princípio constitucional, como ajuíza Canotilho, aponta para a proibição do retrocesso social, visto que, uma vez obtido um determinado grau de realização dos direitos sociais e económicos, passam eles a constituir simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjetivo** (in 'Direito Constitucional e Teoria da Constituição', 7ª edição, Livraria Almeida, Coimbra, 2003, págs. 338/240).

11. **Penso, assim, que o consumidor não pode ser atingido por normas que lhe restrinjam conquistas asseguradas.**

(...)

12. E aqui eu me reporto a esse inciso V do art. 170, já agora para dizer que a defesa do consumidor, além de direito fundamental, é princípio geral de toda a atividade econômica.

(...)

13. É por isso que a aplicação de um ou de outro diploma legal deve ser feita caso a caso. Daí que a Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica **[e aqui se acrescente o Marco Civil]** possam receber aplicações, desde que não violem de forma retrocedente os direitos do consumidor. (STF - RE: 351750 RJ , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento:

17/03/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-181 DIVULG 24-09-2009
PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-03 PP-01081 RJSP v. 57, n. 384,
2009, p. 137-143) (grifos nossos)

Por fim, com vistas a contornar a criação do MCI e reiterar a ocorrência de retrocessos, Cavalcanti (2014, online) afirma ser necessário inclusive o auxílio do Direito Internacional, em especial, a do seu princípio *pro homine*.

Em apertada síntese, tal princípio exige a prevalência da norma mais benéfica ao ser humano quando, no caso concreto, houver discrepância entre normas, não sendo necessária a utilização dos critérios clássicos para a solução de antinomias jurídicas.

“Deste modo, o Marco Civil da Internet não poderia atacar a efetividade da norma que cuida da responsabilização objetiva do fornecedor, assim como favorecer na prática a violação dos direitos de personalidade no ambiente da internet com a judicialização compulsória dos conflitos de interesse, esvaziando garantias outorgadas ao consumidor e à pessoa humana, todas elas fundadas na Constituição e em Tratados de Direitos Humanos, que se transformam em letra morta.” (CAVALCANTI, 2014, online)

Ante o exposto, verifica-se que o sistema de responsabilização civil dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem por danos decorrentes de conteúdo de terceiros, constante do MCI, realmente apresenta vícios de ordem constitucional.

Tal conclusão não está de todo equivocada, contudo, torna-se imperioso que ela seja submetida a um processo de adequação, assim como o que ocorreu no primeiro capítulo do presente trabalho. E como não se trata mais de discutir os conceitos e as espécies de provedores de serviços de internet, mas sim os vícios constantes do Marco Civil da Internet, a adequação a ser realizada ocorrerá no campo jurídico.

3.4 A adequação jurídica da responsabilidade civil dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem em casos de danos decorrentes de conteúdo de terceiro

Sem sombra de dúvidas, ao presente estudo não compete a tarefa de diminuir a importância da contribuição apresentada por Roberto Flávio Cavalcanti ou pelos demais autores aqui usados para corroborar, justificar ou acrescentar o seu raciocínio, até mesmo por que esse se mostra correto.

No entanto, torna-se imperioso levantar dois pontos específicos que, aparentemente despercebidos, podem macular todos os esforços até agora empreendidos: a) nem todas as relações existentes entre os provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem e seus usuários são relações de consumo; b) o direito ao esquecimento não é absoluto.

A esse respeito, veja-se que a existência de uma relação consumerista depende da presença dos, já analisados, elementos subjetivo, objetivo e teleológico, os quais podem ser facilmente ajustáveis a boa parte das relações estabelecidas entre os provedores acima e seus usuários. O problema fica por conta da remuneração.

A maior parte dos serviços prestados pelos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem é remunerada de forma indireta pelos usuários, mediante a já analisada prática do *software as a service* (software como serviço) ou ainda *platform as a service* (plataforma como serviço) (BERTONCINI, 2013, p. 17). Outra pequena parcela é remunerada diretamente pelos usuários.

Ainda assim, há casos em que não existe remuneração alguma por parte do usuário, direta ou indireta. Nada impede que as funcionalidades disponibilizadas pelos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem sejam puramente gratuitas. Pensar de modo diverso seria inculcar indevidamente em tais sujeitos uma intenção mercantil-capitalista que nem sempre se faz presente.

Nessas situações, a responsabilização civil dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem poderá ser das espécies objetiva e subjetiva. Explicando: se o provedor de conteúdo em sentido estrito ou de hospedagem operar uma atividade que venha a causar danos a outrem, seja pela própria natureza do serviço ou pela ausência de fiscalização, por exemplo, a responsabilidade civil será objetiva, pautada na modalidade do risco criado.

Acerca dessa modalidade de risco, corroborando a afirmação acima, Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 154) assevera que:

[...] se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido a imprudência, a negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado. Fazendo abstração da ideia de culpa, mas atentando apenas no fato danoso, responde civilmente aquele que, por sua atividade ou por sua profissão, expõe alguém ao risco de sofrer um dano. [...] O que se encara é a atividade em si mesma, independentemente do resultado bom ou mau que dela advenha para o agente. A teoria do risco criado [...] importa ampliação do conceito do risco-proveito. Aumenta os encargos do agente; é, porém, mais equitativa para a vítima, que não tem que provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. **Deve este assumir as consequências de sua atividade.** (grifos nossos)

Desta forma, caso alguém crie uma rede social puramente gratuita, ainda assim poderá ser responsabilizado objetivamente pelos danos decorrentes de conteúdo de terceiro (usuário desse serviço). O fundamento não será o CDC, mas a Teoria do Risco, consubstanciada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Ao menos em tese, o presente raciocínio poderia ser utilizado em relação a todas as atividades desempenhadas pelos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem que já não estivessem afetados pelo CDC, sobretudo, quando considerados os perigos a que estão submetidos os internautas, contudo, a prática revelaria a inadequação dessa medida.

A esse respeito, imagine-se que determinada instituição de ensino resolva criar um site para abrigar os trabalhos acadêmicos de seus ex-alunos, sem a presença quaisquer anúncios publicitários (de terceiros), cobrança pelo acesso ou venda de dados cadastrais, bem como controle sobre o conteúdo dos trabalhos. A única finalidade do site seria justamente o armazenamento dos trabalhos e a posterior disponibilização ao público. Ao fazer isso, essa instituição passaria a ser, ao menos no ambiente virtual, uma provedora de conteúdo em sentido estrito (LEONARDI, 2005, p. 30).

Acontece que essa simples transformação não estaria apta a ensejar a aplicação da Teoria do Risco, na modalidade de risco criado, pois a funcionalidade ofertada pela instituição de ensino, em nenhuma de suas acepções, poderia dar ensejo a danos a outrem. A funcionalidade, de modo louvável, fomentaria a pesquisa acadêmica e os direitos à informação e à liberdade de expressão.

E ainda que houvesse cogitação em sentido contrário, pela utilização da teoria acima, a prática processual revelaria o equívoco cometido, porque, justamente por não auferirem qualquer tipo de renda com as funcionalidades ofertadas ao público, grande parte dos provedores não teria recursos para promover a reparação de danos ordenada judicialmente.

Na hipótese anterior, bastaria substituir a instituição de ensino, por uma organização não governamental ou uma associação, por exemplo, que se mantivessem apenas com doações particulares, não ligadas à atuação daquelas enquanto provedoras de conteúdo em sentido estrito (ou de hospedagem). Eventual condenação judicial poderia inclusive culminar no encerramento das atividades dessas entidades, e isso representaria um dano muito mais sensível à sociedade do que ao ofendido inicial.

Logo, nos casos de inexistência de relação de consumo e não aplicação da Teoria do Risco, na modalidade de risco criado, para pautar a reponsabilidade civil dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem, as únicas regras aplicáveis são aquelas constantes do Marco Civil da Internet.

Por tal razão, percebe-se que, embora correta, a tese de inconstitucionalidade do artigo 19 e ss. do MCI precisa de certo refinamento, afinal de contas, seria no mínimo exagerado extirpar do ordenamento jurídico dispositivos cujas aplicações, em determinadas situações, não acarretaria prejuízos aos preceitos constitucionais indicados anteriormente.

Nessa esteira, veja-se que inexistem violações aos princípios constitucionais da isonomia, pois esses provedores que recebem tratamento especial não são fornecedores, e da vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais pela depreciação da defesa do consumidor, pois o CDC sequer é aplicável às relações estabelecidas entre eles e os usuários.

No que se refere ao direito ao esquecimento, constata-se que por não ser absoluto, a sua incidência perde força quando ausentes as violações acima, até porque tal direito precisaria ser analisado no caso concreto juntamente de outros de igual grandeza, como o direito à informação e à liberdade de expressão, de tal sorte que, de imediato, inexistente violação ao princípio constitucional da vedação ao retrocesso. Esse, inclusive, foi o entendimento da Corte da Cidadania no já citado julgamento do REsp 1334097/RJ, no qual ficaram consignadas algumas exceções ao direito ao esquecimento, nestes termos:

17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os **fatos genuinamente históricos** - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, **cujo interesse público e social**

deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável. (grifos nossos)

A presente conclusão é ainda corroborada ao se verificar que o Supremo Tribunal de Federal, embora tenha reconhecido a repercussão geral, ainda não proferiu julgamento definitivo nos autos do ARE 833.248/RJ acerca da “aplicação isolada” do direito ao esquecimento nas hipóteses de conflito com a liberdade de expressão e o direito à informação.

Desta forma, ante a necessidade de mitigar os aspectos prejudiciais advindos da incidência do artigo 19 e ss. do MCI sobre relações consumeristas e a verificação de que a solução a ser adotada não poderá contemplar uma declaração de inconstitucionalidade ampla e irrestrita de tais dispositivos, conforme propõe Flávio Roberto Cavalcanti, compete ao operador do direito encontrar uma forma de alcançar tal desiderato, promovendo a adequação jurídica do sistema de responsabilidade civil dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem em casos de danos decorrentes de conteúdo de terceiro.

Num primeiro momento, a solução mais óbvia poderia ser alcançada através do Poder Legislativo, no exercício de sua função principal: legislar. Nesse ponto, duas alterações no texto da Lei nº 12. 965/14 apresentam fundamental importância e urgência.

A primeira delas é relacionada ao que se expôs no primeiro capítulo. Deveria o Legislador adequar o MCI às funções exercidas por cada uma das espécies de provedores de serviços de internet, deixando de utilizar expressões genéricas como “provedor de conexão”, “provedores de aplicações de internet” ou “administradores de sistemas autônomos”, sobretudo, nas partes atinentes à possibilidade de responsabilização civil por danos causados por terceiro e à remoção de conteúdos prejudiciais, como foi destacado quando da análise dos provedores de correio eletrônico.

A segunda delas está relacionada com a própria adequação jurídica apresentada neste capítulo. Deveria o legislador deixar consignado que às relações de consumo estabelecidas em ambiente virtual serão aplicadas as disposições da lei específica, qual seja: o Código de Defesa do Consumidor.

Tal disposição até consta da atual redação do MCI, em seu artigo 7º, XIII, mas, considerando-se que o legislador a ela não fez menção quando da redação do artigo 19 e ss., nos quais instituiu um sistema próprio, é de se concluir que optou por afastar a incidência do CDC na responsabilização civil desses sujeitos, ainda que tenha reconhecido, no *caput* do art. 15, a existência de “provedores de aplicações de internet” com fins econômicos.

No que se refere ao direito ao esquecimento, já há iniciativa legislativa, mas que até o presente momento não foi concretizada. Trata-se do Projeto de Lei nº 2.712/2015, de autoria do deputado Jefferson Campos, que pretende incluir no rol dos direitos dos internautas o direito ao esquecimento. Caso aprovado, o artigo 7º do MCI passará a contar com a seguinte redação:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

XIV – remoção, por solicitação do interessado, de referências a registros sobre sua pessoa em sítios de busca, redes sociais ou outras fontes de informação na internet, desde que não haja interesse público atual na divulgação da informação e que a informação não se refira a fatos genuinamente históricos.

E enquanto as alterações acima não forem promovidas pelo legislador, alternativa não resta senão procurar outra solução igualmente válida, a qual se encontra na atuação do Poder Judiciário, na forma a seguir.

Os vícios de ordem constitucional apontados por Cavalcanti (2014, online) existiriam naquelas situações em que, diante de uma relação de consumo, o operador do direito optasse pelas disposições do marco regulatório em detrimento daquelas constantes do CDC, ou, sempre, quando houvesse violação do direito ao esquecimento.

Entretanto, conforme exposição anterior, uma declaração de inconstitucionalidade ampla e irrestrita do sistema de responsabilização civil de provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem por danos decorrentes de conteúdo alheio, constante do MCI, pautada apenas nos vícios acima, demonstra-se juridicamente impossível.

A partir dessa constatação, percebe-se que a única solução possível no âmbito do Poder Judiciário é a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Tal instituto encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Sua previsão consta do parágrafo único, do artigo 28, da Lei n. 9.868/99, que ao dispor sobre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, assevera que tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Segundo a lição do professor Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 175), a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto é uma técnica de interpretação constitucional adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Em regra, sua utilização ocorre quando a norma é redigida de tal modo que se torna viável a sua aplicação a uma série de situações, mas

uma ou mais são inconstitucionais. E como as demais não o são, o que impossibilita uma eventual redução de texto, alternativa não resta senão suspender parcialmente a eficácia da norma impugnada e consignar na decisão os casos de inconstitucionalidade.

Por sua vez, o eminente ministro Luís Roberto Barroso (2004, p. 189), assim define o instituto em comento:

[...] a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma — geralmente a mais óbvia — e na afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição.

Em adendo, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011, p. 698-699) asseveram que o Supremo Tribunal Federal utiliza a técnica de declaração parcial de nulidade sem redução de texto quando uma eventual declaração de inconstitucionalidade ampla e irrestrita causar um resultado jurídico indesejado (lacunas legais, falta de segurança jurídica etc.). Nesses casos:

[...] nem a lei, nem parte dela, é retirada do mundo jurídico [...] Apenas a aplicação da lei - em relação a determinadas pessoas, ou a certos períodos - é tida por inconstitucional. Em relação a outros grupos de pessoas, ou a períodos diversos, ela continuará plenamente válida, aplicável.

Com vistas a ilustrar e corroborar as manifestações acima, traz-se à baila a contribuição acerca do instituto em comento formulada pelo professor Juliano Heinen (2009, p.6):

Na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, por sua vez, hipoteticamente, **há uma regra que se aplica a três casos, ou situações, ou hipóteses de incidência, enfim, a três contextos fáticos: “Fato 1”, “Fato 2” e “Fato 3”. As três conjunturas de aplicação da regra hipotética advêm de um elemento genérico, mais abstrato. A técnica de controle de (in)constitucionalidade sem redução de texto subtrai a aplicação de tal legislação na hipótese do “Fato 3”, por suposição que esta fosse contrária ao texto constitucional, ou seja, o dispositivo imaginário somente poderia ser aplicado em dois casos: “Fato 1” e “Fato 2”. Assim, quando se aplica a interpretação conforme a Constituição, são as normas (sentidos dados ao texto) que são subtraídas. Já na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, são as hipóteses de aplicação (situações fáticas de aplicação) que são retiradas.** (grifos nossos)

Como exemplo de aplicação da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto pode ser citado o caso em que o vício de ordem constitucional resulta da relação que uma lei mantém com outra. Isso pode ocorrer naquelas situações em que determinado dispositivo, o impugnado, faz remissão à lista de itens constante de outro, aplicável à situação

diversa, mas a incidência de algum deles é inconstitucional quando considerada em relação à situação disciplinada pelo artigo que faz a remissão.

Nesses casos, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011, p. 699), restaria ao STF utilizar a técnica em comento, afastando a incidência do item sobre a situação regulada no artigo da remissão e mantendo-o em relação à situação disciplinada no artigo do qual faz parte.

Um caso prático envolvendo a hipótese acima ocorreu no julgamento de medida cautelar postulada no âmbito da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 491/AM, em que o STF declarou a inconstitucionalidade sem redução de texto do artigo 86 da Constituição do Estado do Amazonas.

O referido dispositivo estendia aos membros do Ministério Público amazonense alguns princípios aplicáveis aos magistrados locais, estabelecidos no art. 64, I, II e IV a XIII, daquela Carta, contudo, segundo o entendimento do Pretório Excelso, o inciso V implicava em restrição aos vencimentos dos membros do Parquet estadual, não prevista pela Constituição Federal de 1988. Como na prática era impossível fazer cessar a eficácia do inciso V com a redução de texto, já que tal dispositivo era subentendido pela expressão “IV a XIII”, alternativa não restou aos eminentes ministros senão utilizar-se da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Outro exemplo é apresentado por André Ramos Tavares (2012, p. 289). Trata-se de situação envolvendo lei que, instituindo ou majorando tributos, prevê a produção imediata de seus efeitos, em total violação ao princípio da anterioridade tributária. Nesses casos, segundo o referido professor:

[...] embora nula na pretensão de incidência imediata por desrespeito ao princípio da anterioridade, a lei permanece válida para os exercícios financeiros posteriores. A lei em si não é extirpada do ordenamento jurídico, mas a hipótese de sua incidência no mesmo ano é tida por inconstitucional. Daí a declaração parcial de nulidade.

Ainda, outro caso de utilização da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto pela Corte Constitucional envolve o julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 28.871/SP.

O caso em questão envolvia lei estadual paulista que vedava a conversão de licença-prêmio em pecúnia. Em seu julgamento, o Supremo Tribunal Federal consignou que tal regra não se aplicaria aos beneficiários cujo término do respectivo período aquisitivo fosse anterior ao período de vigência da norma, uma vez que a lei não pode prejudicar o direito adquirido. A regra

em si não era inconstitucional, contudo, o mesmo não poderia ser dito em relação a sua incidência sobre determinados casos. Por tal razão, declarou-se a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, de modo a excluir do seu âmbito de incidência aquelas situações jurídicas já constituídas.

Efetuada as devidas modificações, para os fins do presente estudo, as situações acima indicadas poderiam ser transpostas sem grandes dificuldades para solucionar-se o problema constante da Lei nº 12.965/14.

Nessa esteira, veja-se que o modelo de responsabilização civil dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem, instituído pelo MCI, em virtude da redação genérica de seus artigos, em tese, poderia incidir sobre um número indeterminado de relações jurídicas virtuais. Ocorre que algumas delas, pelo fato de serem relações de consumo e estarem resguardadas pelo CDC, estariam isentas desse novo regramento.

Eventual declaração de inconstitucionalidade ampla e irrestrita torna-se inviável, porque existem situações em que o regramento do MCI não viola a Carta Magna. Por sua vez, a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto encontra-se igualmente impossibilitada, pois a redação genérica do MCI não a comporta.

Desta forma, alternativa mais adequada não resta senão declarar parcialmente inconstitucionais, sem redução de texto, o artigo 19 e ss. do Marco Civil da Internet, relativos à responsabilização civil dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem por danos decorrentes de conteúdo de terceiro.

Com base nessa declaração restaria consignado para toda a comunidade jurídica e para as sociedades civil e da informação que, quando o caso concreto revelar a existência de relação de consumo entre tais provedores e o usuário (ou não usuário, na condição de consumidor equiparado), as regras do Marco Civil da Internet terão sua incidência afastada, aplicando-se tão somente as disposições constantes do Código de Defesa do Consumidor.

A partir da aplicação das regras do CDC, descortinar-se-ia uma série de disposições mais benéficas aos, agora, consumidores prejudicados, como as atinentes à responsabilidade civil objetiva e solidária do fornecedor, à nulidade de cláusulas contratuais abusivas ou das que tenham sido objeto de alteração unilateral, à inversão do ônus da prova nos processos judiciais, à reparação integral dos danos, à atuação do Ministério Público na defesa de direitos transindividuais, dentre tantas outras.

No tocante ao direito ao esquecimento, enquanto ainda pendente de positivação e/ou confirmação pelo Supremo Tribunal Federal, a mesma decisão poderia deixar consignado que o sistema de requisição judicial imposto pelo MCI não seria aplicado àquelas situações em que fosse evidente a falta de interesse histórico na manutenção do conteúdo dentro do ambiente virtual, bastando uma mera notificação extrajudicial para que a remoção fosse efetuada.

E em assim sendo, por sentirmos ter colaborado de modo efetivo para um debate que indubitavelmente ainda vai se prolongar por muito tempo, tendo em vista o constante surgimento de novas tecnologias, e entendermos ter encontrado soluções que privilegiam aspectos técnicos e jurídicos atinentes ao objeto do presente estudo, consideramos este devidamente encerrado.

CONCLUSÃO

O advento e a popularização do acesso à internet representaram verdadeira revolução na forma com a qual o homem se comunicava e transferia informações com as demais pessoas. Entretanto, “como qualquer nova tecnologia, a Internet também criou oportunidades inéditas para a prática de atos ilícitos” (LEONARDI, 2005), as quais experimentam um grande salto quantitativo em virtude do processo de massificação que ocorre desde o ano 2000.

Diante disso, por meio de diversas entidades, deu-se início a debates, participações públicas e deliberações acerca da necessidade de regulamentação da rede mundial de computadores no Brasil. De todo esse processo nasceu o Projeto de Lei nº 2.126/2011, que posteriormente resultou na Lei nº 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet (MCI).

Acontece que o processo de elaboração da referida norma foi dos mais conturbados, não sendo marcado pela realização de análises técnico-jurídicas profundas, sobretudo, após a revelação do programa de vigilância virtual global perpetrado pelos Estados Unidos da América e sua agência de espionagem (NSA), fato que ficou conhecido como “Caso Snowden” em referência ao denunciante do esquema, Edward Snowden, e o pedido de urgência constitucional apresentado pela Presidente da República.

Em virtude de tal situação, o MCI foi sancionado com graves problemas, de ordens técnica e jurídica. O presente estudo limitou-se a analisar esses problemas em relação à responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet por danos decorrentes de conteúdo de terceiro, propondo as respectivas adequações, donde se retira o seu título.

Inicialmente, buscou-se adequar alguns elementos conceituais do MCI àqueles consagrados pela doutrina especializada atualmente utilizada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, liderada pelo jurista Marcel Leonardi. Dessa análise resultou que as expressões “provedor de conexão” e “provedor de aplicações” devem ser substituídas por nomenclaturas que representem mais fielmente as diversas funcionalidades ofertadas por cada provedor de internet, quais sejam: provedores de backbone e provedores de acesso; e provedores de hospedagem, provedores de correio eletrônico, provedores de conteúdo em sentido estrito e provedores de informação

Ainda dentro dessa primeira adequação, levando-se em consideração os serviços prestados, procurou-se indicar quais das seis espécies de provedores de serviços de internet estariam sujeitas ao regramento imposto pelo MCI, concluindo-se que: a) provedores de backbone e provedores de acesso são isentos de responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo de terceiro e não estão sujeitos ao sistema de responsabilização/remoção de conteúdo do MCI, como consta da própria redação do artigo 18 da Lei; b) provedores de correio eletrônico são isentos de responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo de terceiro, em virtude da proteção especial conferida pela Constituição Federal, e estão impossibilitados de remover mensagens consideradas prejudiciais a outrem até a edição de lei específica ou a alteração do MCI; c) provedores de informação não estão sujeitos ao sistema do MCI, pois atuam apenas com conteúdo próprio, o que inviabiliza a responsabilização por danos decorrente de conteúdo de terceiro; e d) provedores de conteúdo em sentido estrito e provedores de hospedagem estão sujeitos ao sistema de responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo de terceiro constante do MCI.

Entretanto, como o raciocínio acima apenas proporcionaria uma adequação técnica, e meramente interpretativa, procurou-se uma solução que pudesse dar cabo das imperfeições jurídicas presentes no MCI. Para tanto, tornou-se necessária uma prévia apresentação de elementos basilares da teoria geral da responsabilidade civil, tarefa realizada nos tópicos iniciais do segundo capítulo.

No penúltimo tópico do capítulo supracitado, utilizando-se das lições até então apresentadas, foram indicadas as principais características do sistema de responsabilização civil dos provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem em casos de danos decorrentes de conteúdo de terceiro. Constatou-se que o MCI instituiu um sistema que privilegiou a responsabilização subjetiva dos provedores, que, além disso, ainda passou a ser subsidiária, eventual e judicializada, naqueles casos que não envolvem a exposição da intimidade sexual de outrem.

Ainda no segundo capítulo, apresentaram-se os três casos em que o ordenamento jurídico impõe a adoção de um sistema de responsabilização dos provedores e remoção de conteúdo de terceiro distinto daquele constante do MCI. Tratam-se das situações envolvendo violação a direito de autor, pornografia infantil e propaganda eleitoral irregular.

Por sua vez, o terceiro capítulo foi dedicado à exposição da adequação jurídica supramencionada.

Tal tarefa teve como base a conclusão de que uma grande parte das relações estabelecidas entre os provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem e seus usuários são relações de consumo, porque apresentam os elementos subjetivo, objetivo e teleológico exigidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) na forma defendida pela doutrina especializada e confirmada pela jurisprudência nacional.

Diante disso, restou verificada certa incompatibilidade entre as características do sistema de responsabilização civil existente no MCI e aquele insculpido na Lei consumerista. Tal incompatibilidade foi igualmente constatada por outros operadores do direito, com especial destaque a Roberto Flávio Cavalcanti.

Segundo o entendimento do referido autor, a incompatibilidade verificada resultaria na total inconstitucionalidade do artigo 19 e ss do MCI, porque proporcionaria violações aos princípios constitucionais da isonomia e da vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

A violação ao princípio da isonomia residiria na concessão de tratamento diferenciado (responsabilidade civil objetiva e subjetiva) para sujeitos que não guardariam quaisquer diferenças entre si, quais sejam: os provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem e os demais fornecedores nos termos do art. 3º do CDC. A violação ao princípio constitucional da vedação ao retrocesso e matéria de direitos fundamentais residiria no afastamento das normas do CDC pelo MCI, no tocante à responsabilização civil, e na imposição de entraves ao exercício do direitos ao esquecimento, no tocante à necessidade de ordem judicial para remoção de conteúdo de terceiro.

Entretanto, outra análise pormenorizada revelou que os vícios de ordem constitucional acima listados não poderiam ensejar o resultado desejado por Cavalcanti. Nesse sentido, verificou-se que nem todas as relações estabelecidas entre provedores de conteúdo em sentido estrito e de hospedagem e seus usuários são relações de consumo e que o direito ao esquecimento não é absoluto, comportando as exceções indicadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim sendo, ainda que confirmada a violação ao princípio constitucional da isonomia, esta não ocorreria de forma ampla, como defendido por Cavalcanti, pois nem todos os provedores beneficiados pelo regramento do MCI seriam fornecedores nos termos do CDC. No que se refere

às violações ao princípio constitucional da vedação ao retrocesso, o mesmo raciocínio pôde ser utilizado: como em alguns inexistiria relação de consumo, ao instituir um sistema de responsabilização civil próprio, o MCI não afastou as regras da Lei consumerista, porque esta sequer seria aplicável à espécie.

Desta forma, ante a necessidade de mitigar os aspectos prejudiciais advindos da incidência do artigo 19 e ss. do MCI sobre relações consumeristas e a verificação de que a solução a ser adotada não poderia contemplar uma declaração de inconstitucionalidade ampla e irrestrita de tais dispositivos, propuseram-se duas soluções que levassem em consideração todos os elementos técnicos e jurídicos levantados durante o transcorrer do presente estudo. Enquanto uma das soluções envolvia o Poder Legislativo, a outra abarcava a atuação do Poder Judiciário.

Em relação ao Poder Legislativo, indicou-se que duas alterações no texto do MCI seriam de fundamental importância: a primeira adequaria a Lei aos conceitos apresentados pela doutrina especializada e aos serviços ofertados por cada espécie de provedor; a segunda serviria para adequar a Lei aos ditames impostos pelo Código de Defesa do Consumidor, no tocante à responsabilidade civil. Há ainda o Projeto de Lei nº 2.712/2015, que pretende inserir o direito ao esquecimento no rol de direitos dos internautas (artigo 7º da Lei nº 12.965/14).

Em relação ao Poder Judiciário, a única solução encontrada foi a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. A partir das lições extraídas da doutrina e da jurisprudência, constatou-se que seria possível declarar parcialmente inconstitucionais o artigo 19 e ss. do MCI, deixando consignado na respectiva decisão os casos em que as regras do MCI seria afastadas, quais sejam: quando diante de uma relação de consumo ou quando diante de um caso evidente de violação ao direito esquecimento.

E em assim sendo, verificadas as presenças de colaboração efetiva para um debate que indubitavelmente ainda vai se prolongar por muito tempo, tendo em vista o constante surgimento de novas tecnologias, e de soluções juridicamente corretas e que privilegiam aspectos técnicos atinentes ao funcionamento do ambiente virtual e dos provedores de serviços de internet, dá-se por devidamente encerrado o presente estudo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro> Editora Lumen Juris, 2012.

ALMEIDA, Daniel Freire e. Um tribunal internacional para a internet. São Paulo: Almedina Brasil, 2015.

BARRETO, Ricardo Menna. Direito, redes sociais e social commerce: pensando a proteção do consumidor. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p.145-162, dez. 2011. Disponível em:
<http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/302/265>.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BERTONCINI, Rodrigo Junqueira. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo no caso de difamação e danos morais em redes sociais. 78 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em:
<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/114913/MONOGRAFIA_RESPONSABILIDADE_CIVIL_RODRIGO_BERTONCINI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 01 de agosto de 2015.

BINICHESKI, Paulo Roberto. O Marco Civil da Internet: Primeiras Linhas in Revista Eletrônica da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor, vol. 1, n. 1. 2015. Disponível em:
< <http://revistampcon.com.br/edicoes/01/home.html>>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

BITTENCOURT, Diego Camilo de. A responsabilidade civil dos provedores de conteúdo na internet. 2010. 66 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em:
<<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/06/A-RESPONSABILIDADE-CIVIL-DOS-PROVEDORES-DE-CONTEUDO-NA-INTERNET.pdf>>. Acesso em 01 de agosto de 2015.

BOLZAN, Fabrício; LENZA, Pedro (coord.). Direito do consumidor esquematizado: parte material e administrativa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Código Civil. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de janeiro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Marco Civil da Internet. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.html>.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

CARLI, Fernanda Camila de. Direito do Consumidor, vulnerabilidade e contratos eletrônicos: o internauta como novo produto perante as redes sociais. 115 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/124831/TCC%20pronto%20Fernanda.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 01 de outubro de 2015.

CAVALCANTI, Roberto Flávio. Artigo 19 do Marco Civil da Internet é inconstitucional. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4047, 31 jul. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30560>>. Acesso em: 30 de agosto de 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CEROY, Frederico Meinberg. Marco Civil da Internet: conceitos de provedores. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4093, 15 set. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31938>>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

COMISSÃO DE DIREITO DIGITAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Facebook: requisição judicial de dados e pedido de preservação extrajudicial de registros. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/imprensa/cartilhas/Cartilha_Facebook_Requisicao_Judicial_Dados.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Princípios para a governança e uso da internet no Brasil, Resolução CGI.br/RES/2009/003/P. Disponível em: <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em 01 de novembro de 2015.

_____. Cartilha de Segurança para Internet, versão 4.0. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br/livro/cartilha-seguranca-internet.pdf>>. Acesso em 15 de outubro de 2015.

DAVIDOVICH, Mariana Avilla Paldes Rodrigues. O Marco Civil e a responsabilidade dos provedores por conteúdo gerado por terceiros. 21f. Artigo (Pós-Graduação Lato Sensu) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/MarianaDavidovich.pdf>. Acesso em 05 de outubro de 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 7º Volume. 20ª ed., rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do Direito. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, Leonardo Medeiros. Direito do Consumidor - Código Comentado e Jurisprudência. 6.ed. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010.

GOMES, Luiz Flávio Gomes; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 4. ed. Revista dos Tribunais, 2013

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HEINEN, Juliano. Diferenças entre o instituto da interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. 2009. Disponível em: <http://www.esapergs.org.br/site/arquivos/tese_1299781315.pdf>. Acesso em 01 de novembro de 2015.

LEONARDI, Marcel. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. Ed. Juarez de Oliveira, 2005. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>.

LEMOS, Ronaldo. Direito, tecnologia e cultura. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LOPES, Fabio Almeida. Princípios do processo legislativo: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/3638>>. Acesso em 02 de outubro de 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor pelos danos à pessoa humana nos sites de redes sociais. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8487e01fbaf43e75>>. Acesso em 10 de novembro de 2015.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NORONHA, Fernando. Direitos das Obrigações. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Aspectos Principais da Lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidade jurídica. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, abr./2014 (Texto para Discussão nº 148). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.

PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz. A regulamentação do direito ao esquecimento na lei do marco civil da internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores in Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vol. 42, n. 137. 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/376>>. Acesso em 01 de novembro de 2015.

PINHEIRO, Patricia Peck. Direito digital. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTAL ARTIGO 19. Marco Civil da Internet: seis meses depois, em que pé que estamos? São Paulo, 22 jan.2015. Disponível em: <<http://artigo19.org/blog/artigo-19-lanca-analise-sobre-os-seis-meses-do-marco-civil-internet/>>. Acesso em 26 de maio de 2015.

PORTAL CONSULTOR JURÍDICO. Marco Civil da Internet prejudica solução extrajudicial, por Fernando Henrique Rossi, em 23 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-23/fernando-rossi-marco-civil-internet-prejudica-solucao-extrajudicial>>. Acesso em 01 de agosto de 2015.

_____. Marco Civil da Internet prejudica a reparação civil do consumidor, por Fernando Henrique Rossi, em 11 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-11/fernando-rossi-marco-civil-internet-prejudica-reparacao-civil>>. Acesso em 01 de agosto de 2015.

_____. Rede social deve responder objetivamente por teor ofensivo, diz professor [Rafael Peteffi da Silva], por Sérgio Rodas, em 12 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-12/redes-sociais-responder-objetivamente-teor-ofensivo-professor>>. Acesso em 13 de agosto de 2015.

PORTAL G1: Brasil supera EUA e países do Bric em uso de redes sociais, diz pesquisa. São Paulo, 02 jul. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/07/brasil-supera-eua-e-paises-do-bric-em-usode-redes-sociais-diz-pesquisa.html>>. Acesso em 01 de agosto de 2015

_____: Mundo tem 3,2 bilhões de pessoas conectadas à internet, diz UIT. São Paulo, 26 mai. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/05/mundo-tem-32-bilhoes-de-pessoas-conectadas-internet-diz-uit.html>>. Acesso em 26 de maio de 2015.

RIZZATO NUNES, Luis Antonio. Curso de direito do consumidor. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, Volume IV. 20ª Edição. São Paulo, 2003.

SANTOS, Leonardo Vieira. Responsabilidade civil médico-hospitalar e a questão da culpa no direito brasileiro. Bahia: JusPodivm, 2008.

SOBRAL PINTO, Cristiano Veira. Direito civil sistematizado. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2014.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. São Paulo: Método, 2012.

_____, Flávio. Manual de direito civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.